Die Anfechtbarkeit der Erbschaftsentschlagung wegen Benachteiligung der Gläubiger.

Dr. jur. Trenkle.

München 1904
Münchener Handelsdruckerei Hans Beck.

112

Die

Anfechtbarkeit der Erbschaftsentschlagung wegen Benachteiligung der Gläubiger.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Otto Trenkle

aus Münchberg.

(Approbiert am 22. Juli 1904.)

München 1904

Münchener Handelsdruckerei Hans Beck.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0136

Seiner teuren Mutter

gewidmet

vom Verfasser.

Inhaltsübersicht.

§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	Das bisherige Recht und die herrschende Meinung	2— 8
§ 3.	Das neue Recht und die Uebersicht der Rechtsanschauungen	8— 14
§ 4.	Die Begründung der Rechtsanschauungen	14
§ 5.	Die erste Rechtsansicht	14 —18
§ 6	Die zweite Rechtsansicht	18
§ 7.	Jäger: Der erste Grund und dessen Prüfung	18— 26
§ 8.	„ Der zweite Grund und dessen Prüfung	26— 35
§ 9.	„ Unterstützende Gründe und deren Prüfung	35
§ 10.	„ Der vorläufige Erwerb der Erbschaft	35— 39
§ 11.	„ Die erbrechtlichen Vorschriften des B. G. B. und der C. P. O.	39— 45
§ 12.	„ Die familienrechtlichen Vorschriften	45— 55
§ 13.	„ Der § 517 B. G. B.	55— 59
§ 14.	„ Der § 9 der Konkursordnung	59— 65
§ 15.	Das O. L. G. Naumburg, Prüfung von dessen Gründen	65— 70
§ 16.	Das O. L. G. Colmar, „ „ „ „	70— 73
§ 17.	Kleinfeller: Prüfung von dessen Gründen, a) K. O.	73— 76
§ 18.	„ „ „ „ „ b) Anfechtungsgesetz	76— 77
§ 19.	Die Schlussfolgerung	77— 78
§ 20.	Welche Erbschaft gehört zur Konkursmasse? Vorbemerkung	78— 81
§ 21.	Die Wirkung der Anfechtung, die dingliche Wirkung und deren Begründung	81— 85
§ 22.	Die obligatorische Wirkung der Anfechtung und deren Begründung	85— 96
§ 23.	Die Ansicht von Oertmann	96
§ 24.	Die Folgerungen aus der obligatorischen Wirkung	96—100

Literatur und Abkürzungen.

Jäger	Kommentar zur Konkursordnung etc., 1. Auflage, Berlin 1900.
Petersen & G. Kleinfeller .	Konkursordnung für das deutsche Reich, 4. Auflage, Berlin 1901.
Endemann	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3.—5. Auflage, Berlin 1898/1900.
Planck	Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Aufl., Berlin 1897
Staudinger	Kommentar zum B. G. B., München 1899.
Joergel	Rechtsprechung, 1900, 1901, 1902.
Wilmowsky	Deutsche Reichskonkursordnung, 6. Auflage, Berlin 1901.
Hartmann	Anfechtungsgesetz, 4. Aufl., Berlin 1902.
Förster-Eccius	Theorie und Praxis des preuss. Privatrechts, 6. Aufl., Berlin.
Gruchots	Beiträge zur Erläut. d. d. R., Berlin, Bd. 34.
Mugdan	Die gesamten Materialien zum B. G. B , 5 Bd. Berlin 1899.
Sydow u. Busch	K. O., 9. Aufl , Berlin 1902.
Cosack, R.	Lehrbuch des bürg. R., 4. Aufl., Jena 1904.
Cosack, R.	Das Anfechtungsrecht der Gläubiger etc., Berlin 1884.
Mot.	= Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzb., amtl. Ausg., Berlin 1888.
Prot.	= Protokolle der Kommission f. d. 2. Lesung des Entw. etc., Berlin 1899.
Rg.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Civils.
N. A. Z.	= Zeitung der Anwaltskammer im Oberlandesgerichtsbezirke Naumburg.
R. d. O. L. G.	= Rechtsprechung der Oberlandesger., Leipzig.
Fitting	Reichskonkursrecht, 2. Aufl., Berln 1900.
Dernburg	Pr. Privatrecht, 5. Aufl., Berlin.
Brademann	Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, Leipzig 1883.
. . . . .	Materialien zu den Reichsjustizgesetzen.

Hellwig	Anfechtungsrecht nach der neuen K. O. (Zeitschrift für deutschen Civilproc., Bd. 25.)
Crome	System d. deutsch. bürg. Rechts. Bd. I u. II.
Kipp-Windscheid	Pandektenrecht.
L. v. Seuffert	Konkursprocessrecht.
Dr. Hermann Müller	Das Anfechtungsrecht der Gläubiger inner- und ausserhalb des Konk. mit Bezieh. auf die Anfechtungslehre des B. G. B. Inauguraldissert., Tübingen 1901.
Dr. Linsmayer	Grund und Umfang der Haftung wegen Benachteiligung der Gläubiger, München 1900.
Lippmann	Ihering Jahrbücher, Bd. 36.
Wendt	Archiv für civilistische Praxis, Bd. 91.
Oertmann	Die Wirkung der Gläubigeranfechtung, Zeitschrift für deutschen Civilprocess, Bd. XXXIII, 1. Heft.
Seuffert	Konkursprocessrecht, 1899.
Kohler	Leitfaden des deutschen Konkursrechtes, 2. Aufl.
Sarwey-Bossert	Kommentar z. K. O. 4. Aufl.

Einleitung.

Leitwort: Suprema lex est legis voluntas.

§ 1.

Unter der Herrschaft des alten Rechtes ist die Frage nach der Anfechtbarkeit der Ausschlagung einer Erbschaft innerhalb und ausserhalb des Konkursverfahrens Gegenstand lebhaften Streites gewesen. Der Streit hat im Laufe der Zeit zu einem Abschluss geführt. Eine herrschende von der überwiegenden Mehrheit anerkannte Meinung auf der einen Seite, eine unterlegene und von einer geringen Minderheit vertretene Meinung auf der anderen Seite war der Abschluss des Kampfes.

Mit dem Inkrafttreten des B. G. B. und mit den hiemit zusammenhängenden Aenderungen des alten Reichsrechtes ist der absterbende Streit aufs Neue entbrannt, und Wissenschaft und Rechtssprechung nahmen aufs Neue Stellung zu der Frage. Welches das Ende des Streites sein wird, darüber herrscht keine Gewissheit. Es lässt sich jedoch voraussehen, auf welche Seite sich der Sieg neigen wird, und es lässt sich voraussehen, dass der Kampf bald die Entscheidung bringen wird.

Es sei deshalb dem Verfasser gestattet, noch während des Streites in den Kampf der Meinung hineinzuspringen, um eine Lanze zu brechen für diejenige Meinung, welche er für die richtige hält. Noch weiss er

nicht, ob für den Sieger, ob für den Besiegten. Seine Lanze misst sich die Kraft des Sieges nicht an.

Der altrechtliche Kampf schliesst ab mit der Geltung des B. G. B. und des Gesetzes betreffend Aenderungen der Konkursordnung vom 17. Mai 1898, des Einführungsgesetzes hiezu und des Reichsgesetzes betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens in seiner neuen Fassung. Der Kampfplatz des alten Rechtes lag innerhalb der Schranken der einstigen Partikularrechte, der Kampfplatz des neuen Rechtes liegt auf dem schrankenlosen Plan des neuen Reichsrechtes.

§ 2.

Bisheriges Recht.

Es ist nicht Aufgabe der Abhandlung, eine Darstellung zu geben, wie die Frage nach herrschender Lehre im Geltungsbereiche der einzelnen Partikularrechte entschieden wurde.

Der leitende Gesichtspunkt war:

Man unterschied zwei Tatsachen, die Tatsache des Anfalles und die Tatsache des Erwerbes der Erbschaft. Nach diesem Gesichtspunkt unterschied man weiter, ob nach dem betreffenden Rechte im Einzelfalle mit der Tatsache des Erbschaftsanfalles von selbst die Rechtsfolge des Erbschaftserwerbes verbunden, oder ob eine Erwerbshandlung notwendig war.

Je nach dieser Rechtsfolge mass man der Erbschafts-Ausschlagung eine verschiedene Bedeutung bei. Im ersten Falle hatte die Erbschaftsausschlagung die Bedeutung der rechtsgeschäftlichen Aufgabe eines Vermögenserwerbes, im zweiten Falle hatte sie diese Bedeutung nicht.

Lag hienach eine Handlung vor, durch welche sich der Ausschlagende eines Wertes entäussert hatte, welcher rechtlich bereits einen Bestandteil des Vermögens des Veräussernden bildete, so eröffnete sich erst die Frage, ob die Vermögensentäusserung das Merkmal der Anfechtbarkeit an sich habe.

Lag dagegen eine Handlung vor, durch welche der Ausschlagende überhaupt nicht über ein ihm gehöriges Vermögensrecht verfügt hatte, sondern eine Handlung, durch welche der Ausschlagende die Möglichkeit sich benommen hatte, dass ein Vermögenswert rechtlich ein Bestandteil seines Vermögens werde, so eröffnete sich diese Frage überhaupt nicht. Die Frage der Anfechtbarkeit war nicht zu erörtern, denn die Anfechtbarkeit innerhalb wie ausserhalb des Konkursverfahrens hatte zum Gegenstand das Vermögen des Ausschlagenden und zwar das Vermögen im Rechtssinne, also Vermögenswerte, welche rechtlich einmal Bestandteile seines Vermögens gewesen waren, nicht Vermögenswerte, bezüglich welcher einmal für den Ausschlagenden die rechtliche Möglichkeit bestanden hatte, dieselben seinem Vermögen einzuverleiben.

Dieser leitende Gesichtspunkt ist nach herrschender Lehre entscheidend gewesen für das Gebiet des gemeinen Rechtes, für das Gebiet des Code civil, für das Gebiet des allgemeinen preussischen Landrechtes, für das Gebiet des bayerischen Landrechtes.

Es war sohin nach den Bestimmungen des allgemeinen preussischen Landrechtes I 9 § 367 bis 369, I 12 § 288, des Code civil art. 724 und bei den sui et necessarii heredes des gemeinen Rechtes für den Konkursfall zu unterscheiden:

1. Der Anfall der Erbschaft ereignete sich v o r der Konkurseröffnung und die Erbschaftsentschlagung

erfolgte v o r der Konkurseröffnung. Der Gemeinschuldner hatte in diesem Falle Verfügung getroffen über eine Sache, welche bereits rechtlich einen Bestandteil seines Vermögens bildete. Die Rechtshandlung des Gemeinschuldners war der Anfechtung zugänglich, wenn die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen der Anfechtung gegeben waren.

2. Der Anfall der Erbschaft ereignete sich v o r der Konkurseröffnung und die Erbschaftsentschlagung erfolgte n a c h der Konkurseröffnung. Der Gemeinschuldner hatte in diesem Falle Verfügung über eine Sache getroffen, welche seinem Verwaltungs- und Verfügungsrechte durch die Konkurseröffnung entzogen war. Die Rechtshandlung des Gemeinschuldners war von selbst rechtsunwirksam, ohne dass es einer konkursrechtlichen Anfechtung bedurfte. Das ererbte Vermögen war und blieb ein Bestandteil der Konkursmasse, die Rechtshandlung war nicht anfechtbar im technischen Sinne.

3. Der Anfall der Erbschaft ereignete sich n a c h der Konkurseröffnung und die Erbschaftsentschlagung erfolgte n a ch der Konkurseröffnung. Der Gemeinschuldner hatte in diesem Falle Verfügung getroffen über eine Sache, welche keinen Bestandteil der Konkursmasse bildete. Die Frage nach der Anfechtbarkeit scheidet aus; die Verringerung der Konkursmasse ist Voraussetzung der Anfechtung.

4. War hingegen wie bei den heredes voluntarii des gemeinen Rechtes und des bayerischen Zivilrechtes, bei den successeurs irreguliers des Code civil noch eine Erwerbshandlung, ein Erbschaftsantritt notwendig, so stand die Anfechtbarkeit der Erbschaftsentschlagung, welche der Gemeinschuldner anstelle des Erbschafts-Antrittes beliebte, überhaupt nicht

in Frage. Die Rechtshandlung war unanfechtbar. Es war demnach gleichgiltig, ob der Erbanfall beziehungsweise die Ausschlagung erfolgte vor oder nach der Konkurseröffnung. In keinem Falle war die Rechtshandlung der Anfechtung ausgesetzt. Es stand nicht die Aufgabe eines Vermögensrechtes in Frage, der Erbanfall hatte nicht die rechtliche Bedeutung eines Vermögenserwerbes, sondern nur die Bedeutung der Möglichkeit, einen Erwerb zu machen. Das Verhalten des Gemeinschuldners zu dieser Frage war unanfechtbar.

Vgl. Petersen und Kleinfeller S. 62 u. 63. Anm. 4 zu § 9. Jäger, K. O. S. 86 u. 87.

Von abweichender Meinung sei aufgeführt: Köppen, Anm. 1. 2. 3. zu § 9.

Nach Köppen bewirkt das Wahlrecht des heres suus, dass für ihn die erworbene Erbschaft wie für den extranens die erworbene Erbberechtigung noch kein Vermögenserwerb ist. Dieser Erwerb gewährt ihm auch nur eine facultas acquirendi. Deshalb zählt er ebenfalls zu den res, quae extra nostrum patrimonium habentur, welche kein Befriedigungsobjekt für die Gläubiger bilden, und auf welche die Rechtsvorschriften, welche ausschliesslich dem Vermögensrecht angehören, keine Anwendung finden (Lehrbuch S. 196 f.) so z. B. nicht die actio Pauliana S. 85. Insbesondere für das Reichsrecht s. daselbst Nachträge II ad S. 85 No. 6 und III ad S. 197 No. 1: „Der heres suus sollte nach l. 69 D de leg. 30 durch das beneficium abstinendi dem heres extranens gleichgestellt werden. Nur die mit dem Anspruch auf in integrum restitutio erworbene Erbschaft ist bereits ein Vermögenserwerb, der als solcher zur Konkursmasse gehört.“ Auch Fitting (S. 138 und Note 7 daselbst) erklärt die Ausschlagung des ipso jure vollzogenen Er-

werbes für unanfechtbar, es sei denn, dass der Verzicht „eine Umgehung des Gesetzes" darstelle. Kohler (Lehrbuch S. 218) will wenigstens die tendenziöse Unterlassung eines Annahmeaktes der Anfechtung unterwerfen, während Cosak (Anfechtungsrecht, § 16 bes. S. 72 f.) behauptet, das Recht aus der Delation sei nicht höchstpersönlich und deshalb die Verzichtleistung auf dasselbe der Anfechtung unterworfen, und Dernburg (Pr. Privatrecht II 5. Aufl. S. 331 No. 3) ganz energisch erklärt: „Die Anfechtung erstreckt sich schlechthin auf die Zurückweisung angebotenen Erwerbes." Hervorzuheben ist schliesslich noch die von Petersen-Kleinfeller S. 11 vertretene, von Hullmann K.O. S. 51 und Brachmann (Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, Leipzig 1888, S. 11) geteilte Ansicht, dass auch eine erst „durch Antretung" nach der Konkurseröffnung erworbene, aber früher deferierte Erbschaft in die Masse falle, weil der Antretung rückwirkende Kraft beiwohne.

Für die ausserkonkursrechtliche Anfechtung ist die Frage nach der Anfechtbarkeit sinngemäss zu entscheiden.

Nach herrschender Lehre ist also eine Anfechtung in allen vorerwähnten Fällen, in denen Erbschaftsanfall und Erbschaftserwerb auseinanderfallen, möglich, in allen anderen Fällen von vornherein ausgeschlossen.

In negativer Beziehung verdient Berücksichtigung: Die Frage nach der Anfechtbarkeit oder Unanfechtbarkeit ist nicht entschieden nach einem andern Gesichtspunkte, insbesondere nicht nach dem Gesichtspunkte, ob die Erbschaftsentschlagung ein höchstpersönliches Recht des Erben sei oder ob sie kein solches sei. Die herrschende Lehre hat nicht etwa in gewissen Fällen, weil ein höchst persönliches Recht in Frage stehe, die Anfechtbarkeit verneint, in anderen bejaht, und noch weniger wie dargestellt die Anfechtbarkeit in allen Fällen ausgeschlossen.

Die Frage nach dem ausschliesslichen Verfügungsrechte des Gemeinschuldners gibt gar keinen Ausschlag.

Anfechtbar ist die Ausschlagung nicht, weil und soweit sie die Ausübung eines übertragbaren Rechtes ist, sondern weil und soweit sie die rechtliche Aufgabe eines wirklichen Vermögens-Erwerbes ist.

Ist nur ein möglicher Erwerb ausgeschlagen, so findet keine Anfechtung statt. Es wird hiebei nicht die Frage aufgeworfen, ob die Möglichkeit des Erwerbes und das Entschlagungsrecht ein höchst persönliches Recht des Ausschlagenden gewesen ist oder nicht. Diese Frage bildet keinen Unterschied. In beiden Fällen entfällt die Anfechtbarkeit. Ist dagegen eine erworbene Erbschaft ausgeschlagen, so greift im Konkursfalle die Anfechtbarkeit der Erbschaftsentschlagung v o r der Konkurseröffnung stets Platz, wenn nur die übrigen Voraussetzungen der Anfechtung gegeben sind. Sie ist nicht ausgeschlossen, je nachdem man die Ausschlagung als die Ausübung eines höchst persönlichen Rechtes betrachtet oder nicht.

N a c h der Konkurseröffnung aber wird eine derartige Verfügung des Gemeinschuldners als rechtlich nicht vorhanden, als absolut nichtig angesehen. Die Tatsache der Konkurseröffnung macht dem Verfügungsrechte des Gemeinschuldners ein Ende. Andererseits kann jedoch der Verwalter nicht anstelle des Gemeinschuldners die Erbschaft ausschlagen und dem Erben die rechtliche Stellung eines Erben nehmen; er kann Erbschaften zwar aufgeben, aber nur mit Wirkung **für die Masse.** Der Erbe bleibt Erbe. Er bekommt diesfalls freie Verfügung über die Erbschaft.

Ausserhalb des Konkurses ist die Ausschlagung einer erworbenen Erbschaft gleichfalls stets ohne Rücksicht darauf, ob man ein ausschliessliches Verfügungs-

recht des Entschlagenden annimmt oder nicht, der Anfechtung unterworfen. Die Frage nach der Natur des Entschlagungsrechtes spielt hier im übrigen keine Rolle, weil die besonderen Wirkungen der Konkurseröffnung den Verlust bezw. die Einschränkung der Verfügungsfähigkeit des Gemeinschuldners § 5. 6. u. 122 (K. O. ä. F.) ausscheiden. Vgl. Petersen und Kleinfeller K. O. § 9. Anm. 4. Jäger, K. O. § 9. Anm. 1 mit 3 u. die dortigen Belegstellen.

§ 3.

Das neue Recht.

Mit dem neuen Rechte ist eine andere Stellungnahme zu der Streitfrage eingetreten.

Eine Ansicht geht dahin, es sei nunmehr die Erbschaftsentschlagung der Anfechtung vollständig entzogen und zwar innerhalb wie ausserhalb des Konkursverfahrens. Eine zweite Ansicht geht dahin, die Erbschaftsentschlagung sei der Anfechtung entrückt innerhalb des Konkursverfahrens, ausserhalb des Konkursverfahrens habe es bei der bisherigen Anfechtbarkeit sein Bewenden. Eine dritte Ansicht endlich lehrt, es sei in allen Fällen bei dem bisherigen Rechte verblieben. Innerhalb wie ausserhalb des Konkursverfahrens gelte das alte Anfechtungsrecht. Diese Ansichten sind durch einzelne Beispiele aus der Rechtswissenschaft und aus der Rechtsprechung zu belegen.

1 a) Jäger K. O. spricht sich dahin aus und zwar für den Konkursfall:

> Die Anfechtung einer vor Konkurseröffnung erklärten Ausschlagung ist ohne Rücksicht auf den Beweggrund unstatthaft. Sie ist also namentlich auch dann ausgeschlossen, wenn sie in der offenkundigen Absicht der Gläubiger-Benachteiligung erklärt wurde.

Denn einerseits ist nach der dem bürgerlichen Recht zu Grunde liegenden Auffassung die Ausschlagung jeder Korrektur durch den Willen dritter Personen entzogen, zum anderen gilt der lediglich vorläufige Erwerb den Gläubigern gegenüber überhaupt noch nicht als Vermögensmehrung, so dass von einer Benachteiligung durch Ausschlagung keine Rede sein kann. Dass eine Anfechtung unter dem Gesichtspunkte der Schenkungspauliana (§ 32. K. O.) unmöglich ist, ergibt sich ohne weiteres aus dem die Vorschrift des § 517 B. G. B. tragenden Grundsatz. Aber selbst die Deliktspauliana (§ 24. K. O.) kann aus den angeführten Erwägungen nicht in Frage kommen. Es wäre auch in der Tat ein unerträglicher Widerspruch, wenn eine Ausschlagung nach Eröffnung des Verfahrens schlechthin erlaubt, vor Eröffnung aber unerlaubt wäre, und somit der Berufene nach Konkursausbruch weitergehende Befugnisse hätte, als vorher. Desgl. Lothar Seuffert in der Zeitschrift für Zivilprozess Bd. XXII S. 482 Konkursprozessrecht. S. 205. Für die Anfechtung ausserhalb des Konkursverfahrens gilt nach Jäger das Gleiche. Denn die Annahme, die Ausschlagung sei jeder Korrektur durch den Willen dritter Personen entzogen und die Annahme, es liege nicht die Aufgabe einer eingetretenen Vermögensmehrung vor, trifft hier in gleicher Weise zu.

1 b) **Bemerkenswert ist hier die gleiche Ansicht einer Entscheidung des kgl. Oberlandesgerichtes Naumburg (IV. Zivilsenat) vom 24. Oktober 1901.**

Die Entscheidung ist angeführt in Sörgl, Rechtssprechung 1902, und in der Zeitschrift für den Bezirk der Anwaltskammer des kgl. Oberlandesgerichtes Naumburg, Jahrgang 1902.

Nur macht das Erkenntnis hiebei einen Unter-

schied zwischen unentgeltlicher Erbschaftsentschlagung und zwischen entgeltlicher Erbschaftsentschlagung. Für ersteren Fall verneint es die Frage nach der Anfechtbarkeit schlechterdings. Im zweiten Falle trifft es keine Entscheidung, es scheint jedoch der Annahme zuzuneigen, als ob eine Anfechtung möglich sei.

Die Entscheidung wird wegen ihres besonderen Interesses für die gegenwärtige Abhandlung auszugsweise eingefügt.

Es heisst dort:

> Die Erbschaftsausschlagung wird nach dem B. G. B. nicht als Aufgabe eines schon gemachten, sondern als Ablehnung eines erst zu machenden Erwerbs aufgefasst.
>
> Allerdings geht nach § 1942 die Erbschaft mit dem Tode des Erblassers von selbst auf den berufenen Erben über. Wird sie aber ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden nach § 1953 als nicht erfolgt, und der Anfall an den Nächstberechtigten gilt als mit dem Erbfall geschehen. Die Ausschlagung hat also rückwirkende Kraft in der Weise, dass sie alle Wirkungen des Erbschaftserwerbes wieder beseitigt. Erst wenn der Erbe die Erbschaft angenommen hat, wird er in Wahrheit als Eigentümer behandelt, und der § 1942 besagt tatsächlich nur, dass der annehmende Erbe nicht erst von der Annahme, sondern schon vom Tode des Erblassers ab als Eigentümer gilt.
>
> Dieselbe Auffassung zeigt sich in § 517. Während nach preussischem Recht eine unentgeltlich geschene Erbentsagung als gesetzliche Schenkung galt (§ 393 I 16 A. L. R. § 1039 I 11 bezog sich nicht auf erworbene Rechte, sondern

nur auf ungewisse Aussichten, Entscheidung des O. Tr. Bd. 75 S. 180) liegt nach § 517 eine Schenkung nicht vor, wenn jemand eine Erbschaft ausschlägt. Der Grund kann nur der sein, das es hier an einer Vermögensminderung aufseiten des Ausschlagenden fehlt, und das ist um so gewisser, als die Ausschlagung der Erbschaft mit dem Unterlassen eines Vermögenserwerbs auf eine Stufe gestellt wird.

Obige Auffassung des B. G. B. hat endlich ihren Ausdruck gefunden nicht nur in § 778 Abs. 2 C. P. O., wonach die Gläubiger des Erben vor der Annahme keinen Anspruch auf den angefallenen Nachlass haben, sondern auch vor allem in § 9. K. O., wonach die Ausschlagung einer vor der Konkurseröffnung angefallenen Erbschaft nur dem Gemeinschuldner zusteht. Wäre die angefallene Erbschaft bis zur Ausschlagung Eigentum des Erben, so würde sie zur Masse gehören, und das Ausschlagungsrecht würde nur dem Verwalter zustehen. Da die Ausschlagung in das freie Belieben des Gemeinschuldners gestellt ist, so folgt daraus weiter, dass sie vom Verwalter nicht angefochten werden kann. (Wolff, K. O. § 9. Anm. 1, § 32. Anm. 3, Sydow-Busch, K. O. § 29. Anm. 1.

Ist aber eine Erbschaftsausschlagung im Konkurse nicht anfechtbar, so muss für die Ausschlagung ausserhalb des Konkurses mangels entgegenstehender Gründe dasselbe gelten.

Nach alledem kann eine unentgeltliche Erbschaft auch dann nicht angefochten werden, wenn sie in der Absicht vorgenommen worden ist, die Gläubiger zu benachteiligen (so auch Plank, Kommentar zum B. G. B. § 1952 Anm.

6; Endemann Lehrbuch Bd. 3, 3. Aufl. S. 349 Anm. 9). Der dem Beklagten zugeschobene Eid ist also unerheblich. Nun behauptet allerdings der Kläger, dass die Ausschlagung zwar unentgeltlich, aber zugunsten der Miterben erfolgt sei. Dieser Umstand war für das frühere Recht von Bedeutung (Eccius a. a. O. Anm. 67; Entscheidung des R. G. Bd. 29 S. 193), für das jetzige ist er es aber deshalb nicht, weil nach § 517 B. G. B. eine Schenkung auch dann nicht vorliegt, wenn jemand zum Vorteil eines anderen einen Vermögenserwerb unterlässt, oder eine Erbschaft ausschlägt, weil also die Fälle der einfachen Erbschaftsausschlagung und der Ausschlagung zugunsten der Miterben gleichstehen.

Ob die Entscheidung für den Fall der gesetzlichen Erbschaftsausschlagung nicht anders zu treffen wäre, indem dann in Wahrheit ein dem Erbschaftskauf verwandter Vertrag (§ 2385 B. G. B.) vorliegen möchte, bedarf nicht der Erörterung.

1 c) **Auch das Oberlandesgericht Colmar** hat sich nach einem Urteil seines II. Civilsenats vom 26. November 1902 dahin entschieden, die Ausschlagung einer Erbschaft unterliege nicht der Anfechtung aus dem Gesetze vom 21. Juli 1879. Es liege hienach die Voraussetzung des § 7 des Anfechtungsgesetzes nicht vor, dass aus dem Vermögen des Schuldners etwas veräussert, weggegeben oder aufgegeben sei; hiefür sei lediglich das bürgerliche Recht massgebend, der X. habe durch die Ausschlagung der ihm angefallenen Erbschaft sein Vermögen nicht vermindert. Es bedarf nach der Entscheidung nicht der Heranziehung des § 9 der K. O., in dessen Begründung

die zum § 1308 (jetzt 1406) B. G. B. entwickelte Auffassung wiederkehrt, der Paragraph behandle an sich nicht die Anfechtungsfrage, sondern wolle die in dem bisherigen Rechte verschieden geordnete Frage, wer im Konkurse über die Ausschlagung einer vorher angefallenen Erbschaft zu befinden hat, einheitlich regeln.

Das Urteil beruft sich hiebei auf den § 1953 des B. G. B.

Die gleiche Stellung dieses Gerichtshofes zur Frage der Anfechtung im Konkursfall folgt aus den entwickelten Gründen von selbst. Vgl. die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechtes, 6. Band. No. 4. Fall 12. S. 67.

2. **Kleinfeller äussert sich über die Frage für den Konkursfall dahin:**

Im Falle der Ausschlagung wird der Masse dasjenige entzogen, was durch den vorläufigen Erwerb in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangt war. Anfechtung dieser Rechtshandlung ist unter keinen Umständen möglich, weil eine Rechtshandlung, welche nach der Konkurseröffnung vorgenommen, den Konkursgläubigern gegenüber wirksam ist, nicht unwirksam sein kann, wenn sie vor der Konkurseröffnung vorgenommen wurde. Dasselbe gilt vom Erbverzichte (§ 1) 2346 ff. B. G. B.); weil die nachträgliche Ausschlagung unbeschränkt wirksam ist, muss es auch die vor dem Anfalle abgegebene Verzichterklärung sein. Vgl. Petersen u. Kleinfeller l. c. § 9. Anm. 3.

Ausserhalb des Konkursverfahrens hält Kleinfeller die Anfechtung für zulässig. Hier fehle die der Konkursordnung eigentümliche Bestimmung des § 9. über das ausschliessliche Verfügungsrecht des Gemeinschuldners. Der Schutz sei nur gegenüber dem

Konkursverwalter, bezw. den Konkursgläubigern gewährt.

2 b) Ebenso soll sich nach persönlicher Mitteilung dieses Kommentators eine Entscheidung des O. L. G. Colmar gelegentlich eines Arrestprozesses im Februar oder März 1902 dahin ausgesprochen haben, dass innerhalb des Konkursverfahrens eine Anfechtung der Erbschaftsentschlagung ausgeschlossen sei. Dem Verfasser ist die Entscheidung unzugänglich geblieben. Er kann daher nicht beurteilen, ob nach den massgebenden Gründen die Entscheidung sich auch zum Ausschluss der Anfechtung ausserhalb des Konkursverfahrens hinneigt.

§ 4.

Die Begründung der Rechtsanschauungen.

Die nächste Aufgabe ist es, die Gründe klar zu legen, welche den Ausschlag für die eben angeführten Ansichten gegeben haben. Die weitere Aufgabe wird es sein, den Wert derselben zu prüfen und die letzte Aufgabe soll darin bestehen, selbst Stellung zu der Frage zu nehmen.

Der Verfasser behandelt hiebei hinsichtlich der in vorstehenden Paragraphen angeführten Ansichten die betreffende Begründung der Kommentatoren und der Gerichte für jeden der zwei Einzelfälle als typisch und sieht deshalb davon ab, die Begründung anderer Vertreter der gleichen Ansicht noch besonders zum Gegenstand der Untersuchung zu machen. Es würde sich bei denselben nur um unwesentliche Abweichungen der Begründung handeln.

§ 5.

Die Ansicht von Jäger, sowie der kgl. Oberlandesgerichte Naumburg und Colmar.

a) Zunächst Jäger.

Die Unanfechtbarkeit der Erbschaftsentschlagung hat nach der Anschauung dieses Rechtsgelehrten ihren Grund

teils schon in den Grundsätzen des B. G. B. für sich allein, teils in dessen Vorschriften im Zusammenhalte mit den besonderen Vorschriften des Anfechtungsrechtes, teils in den besonderen Bestimmungen der Konkursordnung allein.

1. Die eine Erwägung geht dahin, unserem bürgerlichen Rechte liege die Auffassung zu Grunde, die Erbschaftsentschlagung sei überhaupt jeder Korrektur durch den Willen dritter Personen entzogen.

2. Der zweite Grund liegt nach Jäger in dem Umstand, es habe einerseits nach dem B. G. B. der Anfall der Erbschaft (§1942 des B. G. B.) überhaupt nicht die Bedeutung einer Vermehrung des Vermögens für den berufenen Erben, und es entfalle andererseits das dem Anfechtungsrechte eigentümliche Merkmal der Benachteiligung der Gläubiger, weil dieses nur inbezug auf ein schon erworbenes und vorhanden gewesenes Vermögen des Schuldners in Frage komme.

3. Für den Ausschluss der Schenkungspauliana (§ 32 der K. O.) spricht nach dessen Ansicht die besondere dritte Erwägung, dass der Grundsatz entgegenstehe, von welchem der § 517 des B. G. B. getragen sei. Von welchem Grundsatze die Vorschrift getragen ist, das ist an der betreffenden Stelle selbst nicht gesagt.

4. Dem Konkursrechte allein ist die Begründung entnommen, der Paragraph 9 der Konkursordnung gebe dem Gemeinschuldner ausschliesslich das Recht, nach der Konkurseröffnung die Erbschaft auszuschlagen, der Gemeinschuldner könne nach dem Konkursausbruch nicht weitergehnde Rechte haben, als vorher. Das sei ein unerträglicher Widerspruch.

5. Hinsichtlich des zweiten Grundes schickt Jäger in § 9 Anm. 4 u. 5 noch die allgemeine wichtige Betrachtung voraus, dass der Standpunkt des B. G. B. in § 1942

und der hienach eintretende Erwerb eine lediglich formale Bedeutung habe, was dortselbst näher belegt wird.

Das formale Prinzip des Gesetzes werde nämlich nach verschiedenen Richtungen durchbrochen und hiezu führt Jäger an:

a) Der Erwerb gilt auch rechtlich nur als vorläufiger. Schlägt ihn der Berufene aus, so wird der Anfall als überhaupt nicht erfolgt betrachtet (§ 1943. 1953. 2180). Eine zweite Fiktion hebt die erste auf. Vgl. übrigens § 1959. II. III.

b) Erst der angenommene Erwerb ist endgiltig. (§1943). Erst nach Annahme können die Nachlassgläubiger ihre Ansprüche gerichtlich gegen den Erben geltend machen. (§§ 1958, 207 B. G. B. § 239 V. C. P. O. vgl. M. V. S. 539 f. Vorher dürfen Nachlassgläubiger nur in das eigene Vermögen des Erben vollstrecken (§ 778 C. P. O. P. u. 384 VI S. 7739 ff. und n. 453. XXIX S. 9371. So ist für die Gläubiger der vorläufige Erwerb noch kein Erwerb, nicht aktiv und nicht passiv. Insbesondere haben die Gläubiger des Berufenen durch den vorläufigen Erwerb noch keine Mehrung ihrer Sicherheit, keine Erweiterung der Haftungsmasse gewonnen. (Vgl. auch § 991 III. C. P. O., § 175 Z. V. G.)

c) Auch auf familienrechtlichem Gebiete wird der noch nicht angenommene Erwerb als Vermögensmehrung nicht betrachtet. Darum bedarf die Ehefrau, wo sie in der Verfügung über ihr Vermögen an die Einwilligung des Mannes gebunden ist, zur Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses der eheherrlichen Zustimmung nicht. (§§ 1406. No. 1. 1453 mit 1519 B. G. B.)

d) Demgemäss wird endlich in § 517 die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächnitnisses mit

dem Unterlassen eines Vermögens-Erwerbes auf eine Stufe gestellt: beidemal, sagt das Gesetz, liegt eine Schenkung nicht vor. Dem Grundsatze des ipso jure Erwerbes entgegen wird jene Ausschlagung nicht als Vermögensminderung oder Veräusserung behandelt. M. II. S. 290 f.)

b) Die Rechtssprechung.

a) Das angeführte Urteil des kgl. Oberlandesgerichtes **Naumburg** baut seine Entscheidung auf folgende Erwägungen:

1. Nach dem B. G. B. ist die Erbschaftsentschlagung nur die Ablehnung eines erst zu machenden Erwerbs. Der § 1942 B. G. B. besagt tatsächlich nur, dass der annehmende Erbe nicht erst von der Annahme, sondern schon vom Tode des Erblassers ab als Eigentümer gilt.
2. Auch nach § 517 sei die Erbschaftsentschlagung nicht als eine Handlung aufgefasst, welche eine Vermögensminderung des Ausschlagenden in sich schliesse. Nur deshalb sei sie nicht als Schenkung erklärt.
3. Auch der § 778 Abs. 2 C. P. O. vertrete den gleichen Standpunkt. Denn die Gläubiger des Erben hätten vor dessen Annahme keinen Anspruch auf den angefallenen Nachlass.
4. Die Bestimmung des § 9 der Konkursordnung beruhe ebenfalls nur auf der Auffassung des B. G. B.; sonst würde das Ausschlagungsrecht nur dem Konkursverwalter zustehen.

   Auch das freie Verfügungsrecht des Gemeinschuldners sei ein Grund für die Unanfechtbarkeit der Erbschaftsentschlagung.
5. Die Unanfechtbarkeit der Handlung ausserhalb des Konkurses beruht auf der Erwägung, dass keine

Gründe entgegenstehen, welche die Anwendung der konkursrechtlichen Bestimmungen verbieten.

b) Das erwähnte Urteil des kgl. O. L. G. **Colmar** beruht auf der Erwägung, dass die Erbschaftsentschlagung keine Vermögensminderung sei. Zugleich lehnt der Gerichtshof ab, seine Entscheidung auf den § 9 der Konkursordnung zu stützen. Denn diese Rechtsvorschrift regele nicht die Anfechtungsfrage, sondern sie habe den Zweck, Rechtsgleichheit zu schaffen hinsichtlich der Frage, wer im Konkursfalle das Recht der Erbschaftsentschlagung habe, der Konkursverwalter oder der Gemeinschuldner.

§ 6.

Die zweite Ansicht.

Nach **Kleinfeller** liegt der Grund der Unanfechtbarkeit der Handlung im Konkursfalle in dem Umstande, dass die Handlung schlechthin wirksam ist, wenn sie nach der Konkurseröffnung vorgenommen wird. Dieser Umstand dränge zu dem notwendigen Rückschluss, dass die gleiche Wirksamkeit der Handlung beiwohnen müsse, falls sie vor der Konkurseröffnung vorgenommen worden ist. Die Unanfechtbarkeit der Handlung beruht demnach auf dem ausschliesslichen durch den § 9 der Konkursordnung eingeräumten Verfügungsrechte des Gemeinschuldners. Sie beruht nicht auf der rechtlichen Bedeutung, welche dem Erbanfall beiwohnt. — Die hier einschlägige weitere Entscheidung des O. L. G. Colmar vom Februar oder März 1902 scheidet aus der Betrachtung aus, weil deren Gründe dem Verfasser nicht zugänglich waren.

§ 7.

Jäger: der erste Grund und dessen Prüfung.

Wenn unserem bürgerlichen Rechte die Auffassung zu Grunde liegen soll, die Erbschaftsentschlagung sei

jeder Korrektur durch dritte Personen entzogen, so ist zu bemerken, dass diese Tatsache erst noch zu erweisen ist. Es kann ferner nicht eine irgendwie verschleierte oder vereinzelt und gelegentlich z. B. in Motiven zutage tretende derartige Aeusserung die Kraft haben, einen wirklich in Gesetzeskraft erwachsenen Willen des Gesetzgebers zu entkräften, wenn dieser Wille nicht mit jener Aeusserung in Einklang zu bringen ist. Man wird richtiger sagen, dass diesfalls jene Aeusserung diesem Willen weichen muss.

Es handelt sich endlich bei der Anfechtung nicht darum, dass die erfolgte Ausschliessung der Erbschaft wieder aufgehoben wird, sondern darum, dass die an sich rechtswirksame Ausschlagung in Beziehung auf die Anfechtungsberechtigten unwirksam ist. — Diese angebliche Auffassung fällt — und das ist die Annahme des Verfassers — zusammen mit der Ansicht, dass der Erwerb von Todeswegen einen persönlichen Charakter habe.

Wenigstens liegt es nahe, hierin den Grund zu erblicken, einen Dritten von dem Machtbereiche des Erben auszuschliessen, und es lässt sich nicht gut der Grund auf eine andere Ansicht stützen.

In der Begründung zur Konkursordnungs-Novelle § 7a findet sich auch tatsächlich die Auslassung, der Erwerb von Todeswegen habe nicht nur einen vermögensrechtlichen Charakter, sondern zugleich einen persönlichen.

Und es heisst an der betreffenden Stelle, diese Ansicht liege dem § 1953 Abs. 1, 2180 Abs. 3, 577 1406 N. 1, 1453 Abs. 1 Satz 1 B. G. B., sowie dem § 692 b Abs. 2 des Entwurfes betr. Aenderung der C. P. O. (n. F. § 779) zu Grunde.

Vgl. Mugdan Materialien Bd. 7. S. 235.

Allein hiezu steht in geradem Widerspruch:

In den Motiven zum B. G. B. ist als massgebend der Grundsatz aufgestellt: Das Aufschlagungsrecht ist nicht ein höchst persönliches Recht des Erben.

Vgl. Motive Bd. V. § 2028 S. 491.

Die Ausführungen in der Vorbemerkung der Motive zum § 2025 B. G. B. stehen ebenfalls auf dem gegenteiligen Standpunkt. — Es wird dort hingewiesen auf die grosse Bedeutung des Transmissionsrechtes und auf die Tatsache, dass grundsätzlich immerhin das gemeine Recht und Partikularrechte das Recht, die Erbschaft anzutreten und auszuschlagen für nicht übertragbar erklären. Allein es wird auf diese Tatsache hingewiesen als auf einen Standpunkt, welcher mit dem Grundsatz des Entwurfs im Gegensatze steht, und es wird zur Unterstützung der Umstand herangezogen, dass andere auf dem Antretungserwerbe beruhende Rechte bereits das erwähnte Recht des Erben für ein schlechthin vererbliches erklären, wie das österr. G. B., das sächsiche G. B. etc.

Vgl. Mot. Bd. V Vorbemerkung. § 2025 S. 485 u. bes. 487.

Gerade die angeführten zwei Auslassungen der Motive sollen die fundamentale Stellung kennzeichnen und rechtfertigen, welche der neuen Erbrechtsordnung eigentümlich ist.

Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass sie die Grundauffassung des neuen Rechtes erläutern wollen, wie sie sagen. Und dies trifft auch zu, — denn die §§ 2028 und 2025 der Motive lauten:

Der Erbe kann die ihm angefallene Erbschaft ausschlagen.

Der Uebergang der Erbschaft auf denjenigen, welcher durch Verfügung des Erblassers von Todeswegen, oder durch Gesetz als Erbe berufen ist, erfolgt vor-

behaltlich des Rechtes der Ausschlagung kraft Gesetzes.

(Anfall der Erbschaft.)

Und diesen Paragraphen entsprechen die §§ 1952 und 1942 des B. G. B., welche lauten:

Das Recht des Erben, die Erbschaft auszuschlagen, ist vererblich etc. — Die Erbschaft geht auf den berufenen Erben unbeschadet des Rechtes über, sie auszuschlagen.

(Anfall der Erbschaft) etc.

Als drittes Gegengewicht wird betont:

Lässt sich aus den Motiven zu den grundlegenden Bestimmungen der neuen Erbrechtsordnung eine Annahme für den persönlichen Karakter des Erbschaftserwerbes nicht ableiten, so lässt sich die Annahme noch weniger aus dem verwirklichten Willen des Gesetzgebers herausfinden. Der § 1942 bestimmt eben: „die Erbschaft geht auf den berufenen Erben unbeschadet des Rechtes über, sie auszuschlagen."

Gegenüber diesem klaren Wortlaut des Gesetzes muss jeder Meinungsstreit in einer Richtung wenigstens verstummen. Und er ist auch nicht vorhanden.

Wir haben im wahren und vollen Sinne einen Erbschaftserwerb kraft des Gesetzes. Wir haben nicht einen Erbschaftserwerb unter der Voraussetzung, dass sich im einzelnen Falle die Vermutung als richtig erweise, dass der Berufene Erbe sein wolle.

Im Gegenteil:

Der Berufene wird Erbe ohne seinen Willen und gegen seinen Willen. Der Gesetzgeber legt kraft seiner souveränen Machtvollkommenheit den Willen des Berufenen lahm, schaltet denselben von dem Eintritt der juristischen Tatsache vollständig aus. Dem Erwerber

wird die Rechtsstellung aufgezwungen. Er kann sich nur hinterher von derselben befreien. Man spricht daher von einem willenlosen Erbschaftserwerbe und zwar mit unbestreitbarem Rechte.

Vgl. Endemann III. Bd. § 78 Ziffer 1 S. 338.

Anmerkg. Im Gegensatze zum willenlosen Erwerbe den Begriff des Zwangserwerbes aufzustellen, halte ich für keinen glücklichen Griff weder sachlich noch sprachlich. Sachlich nicht, weil eben der Erwerb der Erbschaft tatsächlich auf gesetzlichem Zwang beruht und infolge gesetzlichen Zwanges eintritt, und der Eintritt in die Rechtsstellung des Erben also ein erzwungener bleibt, wenn auch der Gesetzgeber die Möglichkeit gewährt, sich aus der Zwangslage zu befrein. Sprachlich nicht, weil das Wort auch nichts anderes zum Ausdruck bringt, als dass der Erwerb, das Erwerben eine kraft Zwanges eintretende Tatsache ist, nicht aber, dass mit dem Erwerbe ein fortdauernder Zwangszustand verbunden sei.

Endemann hält auch für richtig, dass der Erwerb von Todeswegen rechtsphilosophisch betrachtet, einen persönlichen Karakter habe; er betont aber, diese Betrachtung stehe im Gegensatz zu dem positiven Rechte, im Gegensatz zu dem willenlosen Erwerb, welchen das B. G. B. als Prinzip angenommen hat.

Vgl. Endemann II. Bd. § 88. Ziffer 3 Anm. 19.

Ebenso betont Staudinger, dass ein Willensentschluss des Erben zum Erwerb der Erbschaft nicht erforderlich ist.

Vgl. Staudinger Bd. V. § 1942. Anm. III. S. 155.

Auf die gleiche Tatsache weist auch Plank ausdrücklich hin.

Vgl. Plank Bd. V. Vorbmerk. zu 1942 S. 32.

Muss man aber den willenlosen Erwerb als eine gesetzliche Tatsache hinnehmen, so kann man aus dieser

Tatsache logisch nur die Folge ableiten, dass nach dem positiven Rechte grundsätzlich auf den Willen des Berufenen, auf dessen Person, auf dessen Individualität, gar keine Rücksicht zu nehmen ist, nicht aber die Folge, dass gewissermassen eine Herzens- oder Gemütssache des Einzelnen in Frage stehe, und dass in diesen individuellen Bereich eine dritte Person nicht eingreifen darf.

Hiezu kommt noch ein vierter Punkt: Es ist die Bestimmung des § 1952 B. G. B. Das Recht des Erben, die Erbschaft auszuschlagen ist vererblich.

Höchstpersönliche Rechte pflegen mit der Person des Berechtigten zu erlöschen und auf gar keine andere Person, auch nicht auf die Erben überzugehen. Diese Tatsache darf als Grundsatz betrachtet werden. Aus dieser Tatsache lässt sich aber für den Einzelfall der verlässige Rückschluss ziehen, dass das betreffende vererbliche Recht nicht höchstpersönlicher Natur ist.

Nach dem Satze: nulla regula sine exceptione indes soll die Prüfung nicht unterlassen werden, ob nicht etwa ein Ausnahmefall bei dem Ausschlagungsrechte vorliegt.

a) Das Gesetz selbst gibt keinen Anhalt, von der regelrechten Schlussfolgerung abzuweichen. Es beschränkt sich auf den Ausspruch, dass dieser Zustand der Vererblichkeit gelten solle.

Allein warum eine besondere Bestätigung einer ohnehin giltigen allgemeinen Regel? Liegt nicht in dieser Tatsache der Gesetzesvorschrift von selbst das Anzeichen, es solle ein höchstpersönliches Recht regelwidrig auf eine andere Person übergehen? Warum sonst diese Vorschrift?

Die beste Antwort auf diesen Einwurf geben die Motive des Gesetzentwurfes zu dem § 1952. Die Motive halten es zunächst nicht für notwendig, besonders zum Ausdruck zu bringen, was das preussi-

sche Landrecht hervorhebt, nämlich, dass die Erbschaft auf den Erben des Erben übergehe, wenn der Erbe stirbt, während ihm die Ausschlagung noch offen steht und fahren dann fort:

> Zu besorgen ist nicht, es werde aus der provisorischen Natur des Erwerbes der Erbschaft, verbunden mit der rückwirkenden Kraft der Ausschlagung abgeleitet werden, die Rechtsstellung des Erben sei in gleicher Weise eine höchstpersönliche wie bei der zu einer solchen Stellung des Erben führenden Theorie des Erwerbes durch Antretung. **Iedenfalls ist kein Zweifel in dieser Richtung möglich, nachdem bestimmt ist, dass das Ausschlagungsrecht auf den Erben des Erben übergeht.**

Der Zweck der Gesetzesvorschrift ist demnach nur im Hinblicke auf das bisherige Recht, jeden Zweifel darüber auszuschliessen, dass das Ausschlagungsrecht nicht etwas anderes ist, als was es nach der Grundauffassung des neuen Rechtes folgerichtig sein muss, nämlich ein vererbliches, nicht höchstpersönliches Recht.

Vgl. Motive Bd. V. § 7078 S. 492.

b) Staudinger lässt sich zu dieser Frage dahin vernehmen: Das Ausschlagungsrecht ist nicht ein höchstpersönliches Recht; dass die Erbschaft auf den Erben des zunächst berufenen Erben übergeht, wenn er vor dem Verluste des Ausschlagsrechtes stirbt, ergibt sich aus dem Prinzip der § 1952, 1942; diesem Prinzip entspricht aber konsequent die Vererblichkeit des Ausschlagungsrechtes.

Staudinger l. c. Bd. I § 1952 Anm. 1.

Plank ist ebenfalls der Ansicht, dass das Ausschlagungsrecht nach der Grundauffassung des neuen

Rechtes über den Erbschaftserwerb kraft Gesetzes kein höchstpersönliches Recht sein kann.

Vgl. Plank l. c. Bd. V § 1952 Anm. 1. S. 47.

Vgl. auch Protokolle Bd. 5. S. 618, 622.

Fasst man diese Auslassungen gerade zu den grundlegenden und entscheidenden Bestimmungen unseres B. G. B. zusammen, so ist die Meinung begründet, dass der Erwerb von Todeswegen nach dem positiven Recht keinen persönlichen Karakter hat.

Und wenn sich die Bestimmungen des § 1953 Abs. 1, 2181 Abs. 3, 517, 1406 N. 1, 1453 Abs. 1 Satz 1 B. G. B. und § 779 R. C. P. O. mit dieser Eigenschaft des Erwerbs von Todeswegen nicht in Einklang bringen lassen, so ist aus dieser Tatsache nur der Schluss zu ziehen, dass diese Bestimmungen eine Ausnahme der Grundauffassung gegenüber darstellen und es ist verfehlt, bei diesen Bestimmungen von einer grundsätzlichen Auffassung zu reden, nachdem die grundlegenden Bestimmungen unseres Erbrechts mit aller Deutlichkeit den gegenteiligen Standpunkt vertreten.

Exceptio firmat regulam.

Es wird übrigens der Versuch gemacht werden, nachzuweisen, dass diese Bestimmungen auch von einem anderen Gesichtspunkte aus als von dem der eben genannten Ausnahme aus sich begründen lassen. Jedenfalls ist es richtiger zu sagen, dass eben, falls ein Widerspruch besteht, die angeführten Bestimmungen keine grundsätzliche Bedeutung haben und dass infolgedessen von diesen Bestimmungen aus nicht allgemeine Schlüsse auf die Natur des Erwerbes von Todeswegen nach B. G. B. gezogen werden können.

Als weitere Gedankenfolge aber schliesst sich hieran die Erwägung:

Handelt es sich um die Aufgabe, wirkliche oder ver-

meintliche Lücken des Gesetzes auszufüllen, und will man die Ergänzung im Sinne der Idee vornehmen, welche den Gesetzgeber bei dem betreffenden Rechtsstoffe, bei der betreffenden Materie geleitet hat, so muss man auf die grundlegenden Bestimmungen des Gesetzgebers zurückgreifen, nicht aber auf Ausnahmevorschriften und nicht in letzterem Sinne die Ergänzung vornehmen.

Jus singulare non est trahendum ad consequentias.

Wenn demgemäss in der Begründung zur K. O. Novelle § 7a sich die Auffassung findet, der Erwerb von Todeswegen habe nicht nur einen vermögensrechtlichen Karakter, sondern zugleich einen persönlichen, so mag dies in abstracto auf Richtigkeit beruhen; nach unserem positiven Rechte aber ist diese Behauptung unrichtig. Hier kann es nur um ein geltendes, positives Recht sich handeln und um die Frage, welche Stellung dieses Recht zu dem strittigen Punkte einnimmt.

Es lassen sich die gegenwärtigen Ausführungen zu der Behauptung zusammenfassen:

Es liegt unserem bürgerlichen Recht nicht die Auffassung zu Grunde, dass die Erbschaftsausschlagung jeder Korrektur durch dritte Personen entzogen sei.

Sprechen aber diese vier Gründe deutlich gegen einen grundsätzlichen Willen des Gesetzgebers, wonach der Erwerb von Todeswegen als eine höchstpersönliche Sache des Berufenen behandelt werden solle, so kann auch kein grundsätzlicher Wille desselben insgeheim vorhanden gewesen sein von jenem abgelehnten Gesichtspunkte aus, eine fremde Einmischung zu verbieten und auszuschliessen.

§ 8.

Jäger: der zweite Grund und dessen Prüfung.

Mehr Berechtigung hat der zweite Grund, welchen Jäger für seine Meinung anführt. Der Grund nämlich, dass der Anfall der Erbschaft nach § 1942 B. G. B. über-

haupt nicht die Bedeutung einer Vermehrung des Vermögens für den berufenen Erben habe.

Die Erheblichkeit dieses Grundes bedarf keiner näheren Erörterung; die Anfechtung kann sich nur auf Gegenstände beziehen, welche bereits ein Bestandteil des Vermögens des Schuldners geworden sind. Einen möglichen Erwerb kann der Schuldner in unanfechtbarer Weise ablehnen.

Hier herrscht kein beachtlicher Streit.

Vgl. Jäger l. c. § 9. Anm. 3. S. 86.

Auch Plank äussert sich im gleichen Sinne, wenn er bemerkt:

> Hienach lässt sich in der Tat sagen, dass dem Grundsatze des Erwerbes von Rechtswegen ein mehr formaler Charakter innewohnt.

Er sagt jedoch weiter inbezug auf die von Jäger angezogenen Gesetzesvorschriften der K. O.:

> Immerhin ist aber daran festzuhalten, dass die vorgedachten Bestimmungen Ausnahmevorschriften darstellen.

Vgl. Plank l. c. S. 33. Anm. 3.

Endemann unterstützt ebenfalls die Meinung, wenn er seine Ausführung dahin zusammenfasst:

> Der innere Zusammenhang der einzelnen Rechtssätze ist vielmehr durch folgende Auffassung zu gewinnen: Seiner eigenen Wirkung nach erzeugt der Anfall den vollen Erwerb der Erbschaft, nur in Rücksicht auf die zunächst noch vorbehaltene Ausschlagung gilt er als blosses Angebot zum Erwerb.

Vgl. Endemann l. c. S. 342. 343 c.

Auch hier findet sich hinsichtlich der letzteren Anschauung die Bemerkung:

> Sie darf aber nicht, um den Zwiespalt der leitenden Grundsätze zu verdecken, dahin führen, dass dem An-

falle selbst die rechtsübertragende Wirkung abgesprochen würde.

Vgl. Endemann l. c. S. 343.

Es ist für mich nicht zweifelhaft, dass es einen grösseren Widerspruch mit dem klaren Willen des Gesetzes nicht geben kann, als denjenigen, welcher sich in der geäusserten Meinung kundgibt.

Zu was alle Kämpfe zwischen dem römischrechtlichen Grundsatze der Delation und Acquisition einerseits und zwischen dem deutschrechtlichen Gedanken der Erbfolge kraft Rechtsvorschrift? Zu was die reiflichen Erwägungen und Auseinandersetzungen, dass die erbliche Gesamtnachfolge des B. G. B. nach dem deutschrechtlichen Gedanken zu gestalten sei? Und kann es einem Zweifel begegnen, dass unser B. G. B. im letzteren Sinne gestaltet worden ist, dass seine Erbfolge nicht ein verschwommenes Rechtsgebilde sein sollte, welches zwischen den beiden Grundgedanken hin- und herpendelt? Oder will man behaupten, der Gesetzgeber habe nicht völlig klar und deutlich seinen Willen zum Ausdruck gebracht, dass sein Erbschaftserwerb eben nicht der römischrechtliche Antretungserwerb sein solle? —

Was soll es heissen, zu sagen: Formell habe der Gesetzgeber das eine Rechtsprinzip, materiell aber das reine Gegenteil gewollt?

Deshalb weil der Gesetzgeber bei seiner Erbrechtsordnung dem Erben die Möglichkeit eröffnet hat, in bestimmter Richtung durch Vornahme bestimmter Handlungen praktisch den gleichen Erfolg herbeizuführen, wie bei dem römischen Antretungserwerbe?

Wo sagt der Gesetzgeber, dass er formell dieses, materiell jenes wolle?

Er will nur Eines und dieses Eine ist eine materielle Rechtsvorschrift.

Soll dieser Wortunterschied zwischen formell und materiell den wirtschaftlichen Standpunkt und den wirtschaftlichen Erfolg der Frage kennzeichnen, so ist in Erwägung zu ziehen:

N a c h der erfolgten Ausschlagung ist allerdings für den Erben das B. G. B. in e i n e r Richtung der gleiche wirtschaftliche Erfolg vorhanden, wie für den römischrechtlichen Erben im Zeitpunkt der Delation: nämlich die Erbschaft bildet keinen Bestandteil seines Vermögens.

Auf der anderen Seite besteht indes der bedeutende Unterschied, dass der Delat noch die Möglichkeit hat, die Erbschaft seinem Vermögen einzuverleiben, während der Berufene des B. G. B. nach der Ausschlagung die Möglichkeit dieses Erwerbes nicht mehr besitzt, seine Handlung vielmehr den endgiltigen Verlust des Vermögens zur Folge hat.

V o r erfolgter Ausschlagung aber ist für den Erben das B. G. B. in k e i n e r Richtung der gleiche wirtschaftliche Erfolg vorhanden, wie für den römischrechtlichen Erben im Zeitpunkt der Delation.

Hier ist der berufene Erbe b i s z u j e n e m Z e i t p u n k t wirklicher Besitzer des ererbten Vermögens, die Erbschaft ist rechtlich wie wirtschaftlich sein Vermögen. Dort hingegen ist der Delat nur in die Möglichkeit gesetzt, das Vermögen zu erwerben.

Hier gibt der Erbe mit der Ausschlagung rechtlich wie wirtschaftlich sein Vermögen auf, welches sein Vermögen bleiben würde ohne die Handlung. Sie bedeutet auch wirtschaftlich die wirkliche Aufgabe eines Vermögensbestandteiles des Ausschlagenden.

Dort lehnt er die Möglichkeit ab, einen Vermögenserwerb zu machen, welchen er durch den Erbschaftsantritt hätte machen können. Der Erfolg beider Ausschlagshandlungen ist allerdings der gleiche: nämlich gleich Null.

Es lässt sich aber doch nicht leugnen, dass rechtlich wie wirtschaftlich bis zu dem Zeitpunkt der Ausschlagung in beiden Fällen die Stellung des Erben zu der Erbschaft eine grundverschiedene gewesen ist.

Wenn der A den ihm geschenkten Pfennig wegwirft, und wenn der B den ihm angebotenen Pfennig zurückweist, so sind allerdings beide n a c h ihren Handlungen gleich reich.

Was würde man aber zu der Betrachtung sagen: „Materiell betrachtet" karakterisiert sich das Wegwerfen dieses Pfennigs des A als die Nichtannahme des einstmals ihm angebotenen Geschenkes, nicht aber als die Aufgabe des bereits erworbenen Geschenkes?

Der Erwerb des geschenkten Pfennigs durch A habe nur eine „formelle" Bedeutung, indem es so ist oder so anzusehen ist, als ob A den Pfennig nie gehabt hätte.

„Sehe man auf das Wesen der Sache", so habe jener Erwerb des Pfennigs durch A nur eine formelle Bedeutung. Materiell stünden sich die Handlungen des A und des B gleich.

Würde nicht jeder gerade und einfach denkende Mensch über diese Gedankenwindungen und Krümmungen den Kopf schütteln? Würde er nicht diese Betrachtung als eine öde und unangenehme Sophisterei bezeichnen? Und würde der Protest hiegegen umschlagen und nicht vielmehr sich verschärfen, wenn man an diesen Gedankengang noch recht nachteilige reale Folgen knüpfen würde?

Ich glaube, die Antwort ist nicht zweifelhaft.

Ist diese Betrachtung ihrer materiellen Bedeutung nach nicht geradezu als eine scherzhafte Verzerrung zweier ebenso verschiedener als einfacher Vorgänge zu bewerten?

Was soll es heissen, beide Vorgänge haben die gleiche

materielle Bedeutung und der eine Vorgang sei dem anderen gegenüber nur durch die Form verschieden?

Ich wiederhole:

Der Gesetzgeber hat gesprochen und er hat ohne Zwiespaltigkeit und Doppelzüngigkeit gesprochen. Suprema lex est legis voluntas.

Der Berufene ist bis zu dem Zeitpünkte der Ausschlagung wahrer und wirklicher Eigentümer der Erbschaft; er geht durch die Ausschlagung des ihm rechtlich gehörigen Vermögens wieder verlustig. Schlägt der Erbe die Erbschaft aus, so ist es nicht an dem, dass die Erbschaft niemals auf den Erben übergegangen ist, sondern dass es so gehalten werden soll, dass es so anzusehen ist, dass es so gelten soll, a l s o b die Erbschaft nicht auf ihn übergegangen wäre.

Es besteht keine Fiktion, dass der Berufene b i s zur Kundgebung seines Willens rechtlich so behandelt werden soll, als habe er die Erbschaft erwerben wollen und erworben.

Der Berufene erhält wirklich ohne Rücksicht auf seinen Willen die Stellung eines Gesamtnachfolgers in das Vermögen des Verstorbenen angewiesen.

Die Rechtsstellung beruht demgemäss auf keiner Fiktion; denn das Gesetz schreibt hier nicht vor, dass ein vorhandener Umstand als nicht vorhanden, oder dass ein nicht vorhandener Umstand als vorhanden anzusehen sei, sondern dass sich an einen wirklich vorhandenen Umstand, an den Tod einer Person, eine bestimmte rechtliche Wirkung knüpfen soll. Es ist also nicht richtig, wie vielfach dargestellt wird, dass die eine Fiktion — (nämlich die des § 1953 Abs. 1) die andere — (nämlich die des § 1942) aufhebe.

Vgl. J ä g e r l. c. § 9 Anm. 5 a.

Denn der § 1942 enthält überhaupt keine Fiktion. Und der Grund der Fiktion des § 1953 ist nicht der, dass

der Anfall der Erbschaft nach B. G. B. eigentlich eine römischrechtliche Delation ist, sondern der, dass man dem Willen des Erben soviel Berechtigung beimessen wollte, dass der Erbe, wenn er die Erbschaft nicht behalten will, auch für die Zwischenzeit vom Anfall bis zur Ausschlagung aller Folgen aus der ihm aufgedrungenen Rechtsstellung ledig sein soll.

Es ist ferner hervorzuheben, dass die Motive mit voller Entschiedenheit jede Verquickung beider erbrechtlichen Systeme ablehnen, und dass die Motive den Einwand als unbegründet bezeichnen, als sei die neurechtliche Erbordnung doch nichts anderes, als die römischrechtliche Delation. Wenigstens lautet so die Aeusserung an der entscheidenden Stelle.

> Wenn eingewendet worden ist (Randa, Erbschaftserwerb S. 15) auch bei dem Erwerbe kraft des Gesetzes werde durch die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen, die Antretung auf einem Umwege eingeführt und das sei unnatürlich, so kann diesem Einwande Gewicht nicht beigelegt werden. Schweigen ist gewiss keine Annahmeerklärung. Dagegen ist richtig, dass auch bei dem Erwerbe kraft des Gesetzes dem Willen des Erben die ihm zukommende Bedeutung nicht entzogen wird. Die Willenserklärung ist aber nicht Voraussetzung des Erwerbes des Angefallenen, sondern Voraussetzung des Wegfalles des Erworbenen mit rückbezüglicher Wirkung."
>
> (Vgl. Motive Bd. V S. 487.)

Wie oft wird schliesslich auch von den Gegnern betont, dass der Anfall der Erbschaft ein wirklicher Vermögenserwerb ist.

Endemann bringt mit Nachdruck wiederholt die Ansicht zum Ausdruck, dass dem kraft des Gesetzes sich vollziehenden Erwerb der Erbschaft keinerlei Mangel, keinerlei Beschränkung anhafte.

Eine ausdrücklich eingeräumte Befugnis, sich einer Rechtsstellung entäussern zu können, kann auch nicht als ein derartiger Umstand angesehen und bezeichnet werden.

Endemann hebt ferner hervor:

Mit dem Anfalle wird der Berufene Erbe zu vollem Rechte.

Der willenlos sich vollziehende Erwerb ist weder bedingt noch tritt rechtlich ein Schwebezustand mit provisorischer Einweisung in die Erbrechte ein.

Dem Anfall darf die rechtsübertragende Wirkung nicht abgesprochen werden.

Vgl. Endemann l. c. § 78, 4 a und 4 b.

Plank betont ebenso ausdrücklich wiederholt diesen Gedanken des Gesetzes.

Vgl. Plank l. c. § 1942, 1943, 1953. Vorbem. 2. Abschnitt 1. Titel; § 1952 Anm. 1.

Staudinger weist nicht weniger auf diese gesetzliche Tatsache hin.

Vgl. Staudinger l. c. Bem. zu § 1942, 1943, 1953.

Strohal, Erbrecht, S. 289 ff.

Binder, Rechtsstellung des Erben, S. 7 ff., 122 ff.

Fasse ich alle einzelnen Gewichte der vorstehenden Ausführungen zusammen, so vermag ich zunächst die Ausführungen der Motive zu dem § 1308 Bd. IV S. 243 nicht zu begreifen.

Dieselben sprechen von einem Standpunkte des formellen Rechtes und von einer formellen Bedeutung des Erbschafts-Erwerbs kraft Gesetzes einerseits und von einer materiellen Bedeutung dieses Erwerbes bezw. dieser Ausschlagung andererseits.

Vor dem beabsichtigten und auch verlautbarten Inhalte des Gesetzes gibt es nur einen einzigen Standpunkt: eben den Standpunkt, welchen das Gesetz selbst klar und gebieterisch einnimmt.

Und dieser Standpunkt ist, weil er materielles Recht nämlich Erbrecht betrifft, nicht blos ein formeller, sondern ein materieller; nicht blos formelles, sondern materielles Recht.

Die Auslassungen der Motive an der obenangeführten Stelle sind durch das positive Gesetz mit einer Bestimmtheit im Stiche gelassen worden, welche an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig lässt. Ich kann mir daher nichts Unzuverlässigeres denken, als von jenem Standpunkte der Motive aus die gegensätzliche positive Gesetzesvorschrift erläutern und ergänzen zu wollen. So geistreich und gedankenvoll besonders die Betrachtung von Endemann sein mag, der Erbschaftsanfall gelte nur in Rücksicht auf die zunächst noch vorbehaltene Ausschlagung als blosses Angebot der Erbschaft, ebenso bestimmt muss daran festgehalten werden, dass das positive Recht das Gegenteil zum Ausdruck bringt. Der Anfall ist kein Angebot, sondern ein wirklicher Erwerb kraft Gesetzes. Die Ausschlagung ist die Aufgabe dieses Erwerbes.

Es ist verfehlt, an eine derartige akademische Betrachtung Folgerungen für das positive Recht zu knüpfen.

Richtig allein ist: Wo nicht das Gegenteil vom Gesetze verordnet ist, da ist an den gesetzlichen grundlegenden Standpunkt anzuknüpfen.

Und noch verfehlter scheint mir der Versuch, weil für besondere Fälle das positive Recht Ausnahme-Vorschriften verordnet, diese Ausnahmen auf nicht ausgenommene Fälle auszudehnen, statt die Folgerungen aus der Regel zu ziehen. Jus singulare non est trahendum ad consequentias.

Ich vermag daher nicht zu erkennen, wie auch nur mit einem Schein von Recht die Ansicht sich verteidigen lässt, die Erbschaftsausschlagung sei nach unserem posi-

tiven Recht eigentlich und in Wirklichkeit die Ausschlagung eines angetragenen Erwerbes.

Ich schliesse demgemäss weiter, dass dieser zweite angebliche Grund nicht eine Rechtfertigung für die Ansicht sein kann, die Erbschaftsausschlagung sei der Anfechtung entzogen.

§ 9.

Jäger: Unterstützende Gründe und deren Prüfung.

Jäger hat zur Stütze seines zweiten Grundes (vgl. § 4) noch einen Umstand herangezogen: nämlich den Umstand, dass das formale Prinzip des Gesetzes durch das Gesetz selbst in vier Richtungen durchbrochen werde.

Ich möchte demgegenüber vermerken, dass ich diesen Gedankengang von vornherein für einen irrigen ansehe.

Angenommen, die Prinzipwidrigkeiten beständen wirklich in den angegebenen Richtungen, so wäre damit doch die Tatsache nicht dargetan, dass das Prinzip und zwar nicht ein theoretisches, sondern das positive gesetzliche Prinzip des Erbschaftsanfalles kraft Gesetzes nicht existiere, sondern die Tatsache, dass es existiere, allerdings eingeschränkt in jenen Richtungen. Jäger spricht selbst von Durchbrechungen des Prinzipes. Der Schluss würde meines Erachtens daher der gegenteilige sein.

Wo diese Einschränkungen nicht eingreifen, gilt das uneingeschränkte Prinzip.

§ 10.

a) Der vorläufige Erwerb der Erbschaft.

Wenn Jäger sagt, der Erbschaftserwerb gelte rechtlich nur als ein vorläufiger, so ist dieser Meinung beizupflichten.

Allein es ist zu beachten:

Nicht das Gesetz sagt, der Erbschaftserwerb kraft Gesetzes sei ein vorläufiger, so dass man hieran Auslegungsfolgerungen knüpfen könnte. Die Motive und die daran einschliessenden Rechtsbetrachtungen sagen: Der

in Aussicht genommene gesetzliche Erbschafts-Anfall des § 1942 sei wegen des damit verbundenen Rechtes der Ausschlagung ein vorläufiger.

Wenn man also wegen des gesetzlichen Rechtes die angefallene Erbschaft hinterher auszuschlagen den Erwerb kraft Gesetzes einen vorläufigen nennt, so ist dies eben nur eine anders gewendete sprachliche Benennung des gesetzlichen Vorganges, es ist aber diese sprachliche Bezeichnung nicht eine materielle Umwertung des gesetzlichen Vorganges. Der Vorgang des Gesetzes bleibt ein Erwerb, ein wirklicher Erwerb, welcher rückgängig gemacht werden kann, aber auch rückgängig gemacht werden muss, sonst bleibt er bestehen. Er wird durch diese sprachliche Taufe kein A n g e b o t.

Es steht nicht im Gesetz, der Erwerb sei ein vorläufiger und in den Motiven, der Erwerb vollziehe sich willenlos und von selbst kraft Gesetzes, sondern es ist umgekehrt. Der kraft Gesetzes sich unmittelbar vollziehende Erwerb wird in den Motiven und in der Wissenschaft ein vorläufiger g e n a n n t. Wenn man dem gesetzlichen Vorgang aber den gewählten Namen gibt, und wenn dieser Name zutrifft, so ist zunächst nicht abzusehen, wieso damit an dem Vorgange selbst und an dessen Wesen etwas geändert wird. Der Inhalt der grundlegenden gesetzlichen Vorschrift des § 1942 erfährt hiedurch keine Aenderung und keine Abschwächung, er erhält nur einen Namen.

Die Bezeichnung des Erwerbes nach § 1942 als einen vorläufigen ist sonach unmöglich eine Durchbrechung des neuaufgestellten Prinzipes.

Denn das Prinzip ist gerade in diesen Paragraphen aufgestellt. Die gewählte Bezeichnung beweist nur die eine Tatsache, dass man es wissenschaftlich für zutreffend erachtet, einen wirklich eintretenden Rechtserwerb, wel-

cher ausdrücklich mit der Möglichkeit der Aufgabe ausgestattet ist, einen vorläufigen zu nennen.

Jäger zieht im Zusammenhang mit der eben bemängelten Auslassung als Unterstützung den Umstand heran, dass der Anfall nach erfolgter Ausschlagung als nicht erfolgt gilt.

§ 1942, 1953, 2180 B. G. B.

Auch hierin ist meines Erachtens keine Durchbrechung des Prinzipes zu erblicken. Zum mindesten ist aber durch diese Vorschrift nicht zum Ausdruck gebracht, dass der Erbschaftanfall kraft Gesetzes eine delative Antragung eines Erwerbes sei.

Ich neige mich vielmehr zum Gegenteil. Die Vorschrift des § 1953 setzt den Gedanken des § 1942 logisch fort und erkennt ihn an.

Die Worte „der Anfall gilt als nicht erfolgt" besagen zugleich: In Wirklichkeit ist auch bei der Erbschaftsausschlagung der Anfall erfolgt. Was der Anfall gesetzlich bedeutet, besagt der § 1942: Es ist der wirkliche Erwerb der Erbschaft. Dieser wirklich eingetretene Erwerb wird durch eine Rechtsfiktion ausser Wirksamkeit gesetzt.

Es wird auf der einen Seite anerkannt, dass der Rechtserwerb auch bei Erbschaftsentschlagung wirklich eingetreten ist, und es wird auf der anderen Seite verordnet, dass diese Tatsache so behandelt werden soll, als wenn sie nicht vorhanden wäre.

Der eingetretenen, n i c h t f i n g i e r t e n Tatsache des Erwerbes wird nur eine zweite, fingierte juristische Tatsache gegenübergestellt.

Es ist mehr eine sprachliche Geschmackssache, ob man diese Verordnung eine Durchbrechung des gesetzlichen Prinzipes nennen will.

Auch diese Vorschrift besagt meines Erachtens nicht,

dass der Erbschaftsanfall des § 1942 seiner Natur nach etwas anderes sei, als der § 1942 bestimmt, sondern er beseitigt nur die Folgen dieses Anfalls im Wege einer Fiktion für den Zeitraum zwischen dem Anfall der Erbschaft und der Ausschlagung der Erbschaft.

Der Gesetzgeber konnte ja sich die Rückwirkung der im Prinzip vorgesehenen Ausschlagung in verschiedener Weise bestimmen:

Er konnte der Ausschlagung die Wirkung beilegen, dass mit der Vornahme die erbrechtliche Stellung des Ausschlagenden ihr Ende erreiche.

Er konnte derAusschlagung die Wirkung beilegen, dass auch für die Vergangenheit in gewisser Beziehung oder in jeder Beziehung keine rechtlichen Folgen aus der erlangten Rechtsstellung eintreten sollten. Der Gesetzgeber hat es für zweckmässig erachtet, die letztere Wirkung eintreten zu lassen.

Aus der Tatsache aber, dass der Gesetzgeber es für notwendig erachtet hat, diese letztere Wirkung auf dem Wege einer besonderen Gesetzesvorschrift, durch die fiktive Vorschrift des § 1953 zu verordnen, ergibt sich der Gedanke des Gesetzgebers, dass nach seinen grundlegenden vorgängigen Rechtsvorschriften diese Rechtswirkung der Ausschlagung an sich n i c h t zukommen würde, dass also die Ausschlagung der Erbschaft nur die verliehene erbrechtliche Stellung von dem Zeitpunkte der Ausschlagung an vernichten würde, mit anderen Worten, dass sie nicht die Zurückweisung einer angetragenen Erwerbsmöglichkeit sei.

Die vom Gesetzgeber verordnete rückbezügliche Wirkung der Erbschaftsentschlagung hat also nicht ihren Grund in dem Wesen des gesetzlichen Erbschaftsanfalles, nicht in dem Prinzipe. Sie ist aber auch nicht gegen das Prinzip, und eine Ausnahme am Prinzip, weil diese Ver-

ordnung aus Zweckmässigkeitsgründen nur dessen Wirkung in einem bestimmten Falle beseitigen will. Es ist nicht verordnet, dass in diesem Falle der Anfall der Erbschaft kraft Gesetzes nicht eintreten solle, und dass eine Delation event. eintreten solle, das wäre eine wirkliche Ausnahme. Es ist vielmehr verordnet, dass auch in dem Falle des § 1953 der bereits eingetretene Anfall als nicht erfolgt angesehen werden solle. Die positive Vorschrift des § 1953 hebt nicht die Bestimmung des § 1942 auf, so dass ein anderes Erbrechtsprinzip der allgemeinen Rechtsanwendung innerhalb des B. G. B. zugrunde gelegt werden müsste, sie setzt dessen allgemeine Giltigkeit voraus, und suspendiert dessen Folgewirkung für einen bestimmten Fall.

§ 11.

b)

Es ist zu erörtern, inwiefern die §§ 1958, 207 B. G. B. 239 Abs. V und 778 C. P. O. zur Unterstützung der Ansicht von Jäger herangezogen werden können.

Will man den angezogenen Bestimmungen die Kraft beimessen, dem Erbschaftsanfalle unseres B. G. B. die Bedeutung eines wirklichen ipso jure eintretenden Erbschaftserwerbes zu nehmen, so genügt meines Erachtens nicht die Darlegung, dass diese Bestimmungen *verträglich* sind mit einem Erbschaftsanfall, welcher nur die Bedeutung einer Delation hat, sondern es ist die Darlegung notwendig, dass diese Bestimmungen *unverträglich* sind mit einem Erbschaftsanfalle, welcher die Bedeutung eines wirklichen ipso jure eintretenden Erbschaftserwerbes hat.

Denn auch Jäger und seine Anhänger verkennen die Tatsache nicht, dass an sich nach der positiven Vorschrift des Gesetzes schon der Erbschaftsanfall als ein Erwerb der Erbschaft sich darstellt, sie stellen diese Tatsache nicht in Abrede, sondern sie wollen der Gesetzesvorschrift

durch Meditationen die ihr von rechtswegen innewohnende Kraft rauben, sie wollen dieselbe zu einer leeren Formel herabdrücken, welche auf die Wirklichkeit nicht Anwendung finden dürfe, herabdrücken zu einem inhaltslosen und bedeutungslosen gesetzgeberischen Ausspruch. Denn darin liegt eben die angeblich rein formale Bedeutung der Gesetzesvorschrift, dass sie trotz ihres Vorhandenseins auf den konkreten Einzelfall nicht angewendet werden darf, sondern dass gegen den Wortlaut entschieden werden soll. In diesem Sinne bewegt sich ja die Beweisführung, dass der Erbschaftsanfall nicht der Anfechtung unterliegt. Denn er soll in Wirklichkeit kein Vermögenserwerb, keine Vermögensmehrung sein.

Vgl. Jäger l. c. § 9 Anm. 5 S. 89.

Und die angezogenen Gesetzesvorschriften sollen nun die Hebel für den Umsturz der trügerischen gesetzlichen Grundfesten liefern.

Hiezu ist indes jedenfalls der Beweis erforderlich, dass jene Vorschriften wirklich in Widerspruch, oder dass sie nicht im Einklange stehen mit der gesetzlich offenbarten Grundidee. Es genügt nicht, dass sie auch mit einer anderen in unserem bürgerlichen Gesetzbuche nicht zur Geltung gebrachten Rechtsordnung in Uebereinstimmung zu setzen wären.

Nun lässt sich aber sehr wohl für jene Vorschriften eine Erklärung finden auch von dem sogenannten formellen Standpunkte des § 1942 aus.

Der Erbanfall unseres bürgerlichen Gesetzbuches ist behaftet mit dem Rechte der Ausschlagung und die Ausschlagung ist ausgestattet mit rückbezüglicher Wirkung. Die Frist für die Ausschlagung beträgt sechs Wochen.

Bestand von dieser Rechtslage aus nicht für den Gesetzgeber ein Anlass, den Erben während dieser Frist prozessrechtlich vor den Ansprüchen der Nachlassgläubiger zu schützen?

Wenn der Berufene aktiv noch nicht als Erbe auftrat, warum sollte er vordem passiv in Anspruch genommen werden?

Musste nicht der ganze Prozess zusammenfallen, wenn die Ausschlagung erfolgte?

Und welche Inkonsequenz würde sich aus dem Umstande ergeben, wenn auf der einen Seite etwa ein Prozessangriff der Nachlassgläubiger auf den Erben für dessen Person zu einem vorläufig vollstreckbaren Schuldtitel fortgeschritten wäre, auf der anderen Seite aber die Ausschlagsfrist noch im Laufe sich befände?

War es vom gesetzgeberischen Standpunkte nicht klüger, so lange das Ausschlagsrecht nicht verwirkt war, den Nachlassgläubigern einen anderen prozessrechtlichen Weg für die Verfolgung ihrer Ansprüche anzuweisen, und hat der Gesetzgeber dies nicht getan?

Sowohl für das Vollstreckungs- wie für das Streitverfahren hat der Gesetzgeber diesen Gläubigern das Vorgehen gegen den Nachlass offen gelassen, vgl. z. B. 693, 694 ä. F., 779 ä. F. C. P. O., Nachlassverwaltung und Nachlasskonkurs.

Die Person des Erben selbst heranzuziehen, so lange das Ausschlagungsrecht noch fortdauerte, wäre unzweckmässig gewesen eben wegen dieses Ausschlagungsrechtes, dessen Ausübung die erbrechtliche Stellung des Berufenen gänzlich auslöscht. So war die Frage bereits in dem hier vorbildlichen preussischen A. L. R. I 9 § 386 geregelt. Und dieses Gesetz steht auf dem Standpunkt des ipso jure Erwerbes der Erbschaft. Auch die Motive zu dem § 1958 fassen die Sache so auf, wie hier angenommen wird.

Es liegt denselben jeder Gedanke fern, dass die beabsichtigte gesetzliche Anordnung etwa im Zusammenhang stehe mit dem Umstand, dass der Erbschaftsanfall eine

Delation sei, sondern sie sind getragen von der Rücksicht auf die Möglichkeit, dass der Anfall der Erbschaft in der Person des Berufenen mit rückbezüglicher Wirkung erlöschen kann, von der Rücksicht auf das Ausschlagsrecht. „An Stelle des Schuldners den Erben, welchem noch die Ausschlags-Befugnis zusteht, zuzuziehen, besteht kein Anlass."

Vgl. Motive V. § 2057 S. 539. 540.

Vgl. auch Protokolle II S. 7739—7745. 8044—8046. Bd. 5 S. 660—664, 829—830.

Auch Endemann betrachtet die Vorschrift des § 1958 nicht von dem Gesichtspunkt, dass der Anfall der Erbschaft lediglich die Antragung eines Rechtes, eine Delation sei, sondern von der Vorläufigkeit des wirklichen Erbschaftserwerbes, von der Möglichkeit eines späteren Wegfalles aus.

v. Endemann l. c. § 81. S. 352. 353.

Staudinger bemerkt zu der Vorschrift, dass sie ihre Erklärung hat in der Möglichkeit der Ausschlagung trotz des Erwerbes der Erbschaft kraft Gesetzes, in dem sozusagen durch die Ausschlagung resolutiv bedingten Erwerbe der Erbschaft.

v. Staudinger l. c. § 1958. Anm. 1.

Plank endlich, welcher in einleuchtender Klarheit den Unterabschnitt V „Aufschiebende Einreden" § 2014—2017 und dessen Zusammenhang mit § 1958 B. G. B., 78. 782. 783. C. P. O. und § 221. K. O. erläutert, schliesst sich an. Er denkt nicht mehr an seine ohnedies sehr reservierten und abgeschwächten Bemerkungen über die Natur des Erbanfalles zu § 1942 (S. 33), sondern er geht zutreffend von der Lage aus, in welche tatsächlich das Gesetz den Berufenen mit dem Erbschaftsanfall vorläufig versetzt hat und aus welcher er sich, wenn er will, durch die Ausschlagung befreien kann; es fällt dem Aus-

leger gar nicht bei, diese Lage als eine fiktive, oder als eine formale zu betrachten, sondern er betrachtet sie als einen wirklich vorhandenen Rechtszustand, welchen der Erbe überhaupt beseitigen kann oder dessen Wirkung er durch Inventarserrichtung etc auf ein bestimmtes Mass in seiner Wirkung beschränken kann.

Da meines Erachtens diese Ausführungen völlig das Wesen der Sache zu treffen scheinen, so seien sie in Abkürzung eingefügt; sie lauten:

Den Vorschriften der §§ 2014—2017 und den mit ihnen in Zusammenhang stehenden Vorschriften der C. P. O. §§ 778, 782, 783 und der K. OO. § 221 liegen folgende Gedanken zu Grunde:

1. Der Erbe, der nur selten mit den Verhältnissen des Nachlasses schon zurzeit des Erbfalles genügend vertraut sein wird, muss, um sich den nötigen Ueberblick zu verschaffen und über die zur zweckmässigen Abwickelung des Nachlasses erforderlichen Massnahmen schlüssig zu werden, eine angemessene Frist zu seiner Verfügung haben, während der er von den Nachlassgläubigern nicht in Anspruch genommen werden darf und seinen eigenen Gläubigern der Zugriff auf den Nachlass nicht gestattet ist. Zunächst muss der Erbe Zeit haben zu überlegen, ob er die Erbschaft überhaupt annehmen will. In dieser Hinsicht treffen der § 1958 und der § 778 der C. P. O. die nötige Fürsorge, indem sie während der Dauer der Ausschlagungsfrist bezw. bis zu der früher erfolgenden Annahme der Erbschaft die Klage und die Zwangsvollstreckung aus Ansprüchen der Nachlassgläubiger gegen den Erben hemmen sowie den Zugriff des Erben und den Zugriff der Gläubiger des Erben auf den Nachlass ausschliessen. Sodann aber muss dem Erben Zeit gelassen werden, sich über die Kräfte des Nachlasses zu vergewissern und ungestört das Inventar zu errichten.

Vgl. Plank l. c. Vorbem. zu § 2014. S. 147.

Wäre der Umstand, dass der Erbe nicht sofort mit dem Erbschaftsanfall civilrechtlicht und prozessual an die Stelle des Verstorbenen tritt, aus der Delationswirkung des Erbschaftsanfalles zu erklären, so müsste diese Erklärung wohl auf andere ähnliche Schutzfristen zutreffen.

Nach § 2014 ist der Erbe berechtigt, die Berichtigung einer Nachlassverbindlichkeit bis zum Ablauf der ersten drei Monate nach der Annahme der Erbschaft zu verweigern. Man sieht: Auch hier ist die rechtliche Folge aus dem Erbschaftsanfall eingeschränkt und hinausgeschoben. Man sieht aber zugleich, dass die Einschränkung und Befristung ihren Grund gar nicht haben kann in einer veränderten Auffassung des Erbschaftsanfalles und seiner Natur, sondern in anderen Rücksichtnahmen.

Denn die Einrede des § 2014 ist wirksam nach Annahme der Erbschaft, also in einem Zeitarum, in welchem auch der angeblich delationsartige Charakter des Erbschaftsanfalles sich in Acquisitionszustand verwandelt haben würde.

Die Tatsache, dass auf der einen Seite der Erbe vor der Annahme der Erbschaft gegen die Angriffe der Nachlassgläubiger geschützt und dass auf der anderen Seite gleichzeitig von dem Gesetze die Möglichkeit eröffnet ist, die Angriffe gegen den Nachlass zu richten, findet seine Erklärung vollständig in der Rücksichtnahme auf das Ausschlagungsrecht.

Das Ausschlagungsrecht aber ist kein Ausfluss des delationsartigen Charakters des Erbschaftsanfalles, sondern eine ausdrücklich mit dem unmittelbaren Erwerb kraft Gesetzes verbundene Befugnis.

Die gleichen Einwendungen sind zu erheben gegen die Heranziehung des § 207 des B. G. B.

Genau so lässt sich die Vorschrift des § 239 Abs. V der R. C. P. O. erklären, ohne an den Grundfesten unserer Erbrechtsordnung rütteln zu müssen. Hier ist als Seitenstück zu § 1958 des B. G. B. der Erbe vor Annahme der Erbschaft nicht verpflichtet zur Fortsetzung des Rechtsstreites.

In gleicher Weise kann der § 778 der R. C. P. O., welcher die Zwangsvollstreckung für Nachlassschulden zunächst beschränkt, vollständig erklärt werden aus der Rücksichtnahme des Gesetzgebers auf das Ausschlagungsrecht.

Es wäre eine wenig befriedigende Rechtsbildung, auf der einen Seite eine Person in die Rechtsstellung des Erben zu zwingen und ihr die Befugnis zuzulegen, binnen einer gewissen Frist aus dieser Zwangslage sich zu befreien, auf der anderen Seite aber sofort Vollstreckungen gegen dieselbe zuzulassen.

Auch mit dem unmittelbaren Erwerb kraft Gesetzes durch den Erbschaftsanfall ist die getroffene gesetzliche Anordnung zu vereinbaren und auch hiebei nicht wohl zu entbehren.

§ 12.

c)

Die familienrechtlichen Vorschriften.

Als dritte Unterstützung hat Jäger die §§ 1406 N. 1, 1453 mit 1519 und 1549 B. G. B. herangezogen.

Der Grund, warum die Ehefrau zur Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses die eheherrliche Zusitmmung nicht bedarf, soll liegen in dem von Jäger angeführten zweiten Grunde: es liege keine Vermögensmehrung vor.

1.

Zunächst ist an diesem Gedankengange zu bemerken:

Der Grund des freien Verfügungsrechtes hinsichtlich Erbschaft und Vermächtnis soll der g l e i c h e sein.

Aus dieser Gleichheit des Grundes würde die Folge sich ableiten, dass derselbe nicht blos in dem einen, sondern auch in dem anderen Falle ein zutreffender oder aber unzutreffender ist. Was nun das Vermächtnis anlangt, so wird nach § 2174 B. G. B. durch das Vermächtnis für den Bedachten das Recht begründet von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern und nach § 2176 B. G. B. kommt die Forderung des Vermächtnisnehmers unbeschadet des Rechtes, das Vermächtnis auszuschlagen zur Entstehung mit dem Erbfalle. Es scheint nach meinem Ermessen nach diesem klaren Bestimmungen des Gesetzes die Frage nicht recht diskutabel, ob der Anfall des Vermächtnisses die Möglichkeit eines Erwerbes, die Antragung eines Erwerbes oder aber den Erwerb eines Rechtes bedeutet.

Es liegt nach meinem Dafürhalten wenigstens klar ein wirklicher Rechtserwerb, ein wirkliches Schuldverhältnis vor.

Die Ausschlagung des Vermächtnisses ist sohin nach dem geoffenbarten Willen des Gesetzgebers die Aufgabe eines Rechtserwerbes, also wirtschaftlich gesprochen, falls das Vermächtnis einen Vermögenswert hat, die Aufgabe eines Vermögenswertes, eine Vermögensminderung. Dass das Vermächtnis einen aktiven Vermögenswert hat, wird auch bei dem Gedankengange von Jäger vorausgesetzt. Hat aber die Ausschlagung eines Vermächtnisses sicherlich die Bedeutung einer Vermögensminderung, und ist trotzdem die Ausschlagung des Vermächtnisses seitens der Ehefrau voll wirksam, so wäre damit mathematisch dargetan, dass der Grund für beide Fälle — für das Vermächtnis sowie für die Erbschaft, eben nicht liegt in der Frage, ob Vermögensvermehrung oder Verminderung, ob Ablehnung einer Erwerbungsmöglichkeit und Ablehnung eines angetragenen Rechtes.

2.

Es ist ferner der Einwand nicht ohne Bedenken:

Wenn Jäger sich hinsichtlich seiner Ansicht auf den Wortlaut und auf den Inhalt des Gesetzes, des Paragraphen 140 b beruft, so ist zu beachten:

Weder die Gesetzesvorschrift selbst noch die mit ihr zusammenhängenden gesetzlichen Vorschriften deuten auf den vermuteten Grund hin. Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aus der allgemeinen Erwägung, dass die §§ 1373—1409, soviel sie auf die Ehefrau abzielen, die Frage gesetzlich beantworten, ob und inwieweit die Geschäftsfähigkeit und das Verfügungsrecht der Ehefrau durch die Eheschliessung und durch die eheherrlichen Rechte des Ehemannes beschränkt sei, welches Mass der Freiheit und Selbständigkeit der Frau unter Berücksichtigung der Vorzugsstellung des Ehemannes einzuräumen sei. Diese allgemeine Frage ist, wie die übrigen gestzlichen Vorschriften bezeugen, nicht beantwortet nach dem Gesichtspunkte, ob erworbene Vermögensbestandteile der Ehefrau im Spiele sind oder nicht. Es liegt dies in der Natur der Sache, ist aber auch in Motiven, wie noch belegt werden wird, besonders betont:

Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aber auch aus einer besonderen Erwägung:

In dem gleichen Paragraphen und mit denselben Worten verfügt das Gesetz:

Die Frau bedarf nicht der Zustimmung des Mannes:

1. zum Verzichte auf den Pflichtteil, sowie zur Errichtung des Inventars über eine angefallene Erbschaft,
2. zur Ablehnung eines Vertragsantrages oder einer Schenkung,
3. zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes gegenüber dem Manne.

Bei diesen Fällen unter Ziffer 1 und 3 kann der Gesichtspunkt nicht von Ausschlag gewesen sein, ob ein erworbenes Vermögensrecht für die Frau in Frage steht oder nicht. Das bedarf keiner Ausführung. Denn der Verzicht auf den Pflichtteil richtet sich gegen ein endgiltig erworbenes Vermögensrecht.

Die Rechtsgeschäfte unter 3 können sich gegen erworbene Vermögensrechte richten. Umgekehrt richten sich die Rechtshandlungen unter Ziffer 2 nicht gegen erworbene Vermögensrechte.

Aus der Gesetzesvorschrift und deren Zusammenhang selbst ergibt sich, das wird man ohne weiteres behaupten können, in keiner Weise, dass die Ausschlagung der Erbschaft der freien Verfügung der Frau deshalb unterstellt worden ist, weil hier nicht die Aufgabe eines Vermögensrechtes in Betracht kommt. Wenn man also aus dem Gesetze selbst einen Grund für diese Einzelvorschrift herauslesen wollte, so liesse sich meines Erachtens nur die Frage aufwerfen: Welcher Grund kann den unter dem gleichen Paragraphen zusammengefassten Fällen gemeinschaftlich sein?

Hätte man den allen übrigen Fällen gemeinschaftlichen Grund gefunden, so liesse sich zwar nicht mit logischem Zwange, aber doch mit einiger Berechtigung die Behauptung aufstellen, dass der gefundene Grund auch für den Fall der Erbschaftsausschlagung massgebend gewesen sei. Ein solcher gemeinschaftlicher Grund existiert auch tatsächlich, wie alsbald erörtert wird. Es ist jedoch nicht der von Jäger vermutete.

3.

Allerdings kann sich Jäger für seine Ansicht, wenn nicht auf das Gesetz, so doch wenigstens auf die Motive berufen.

s. Motive IV S. 243.

Gerade hier findet sich der allgemeine grundsätzliche Ausspruch, der Erbschaftsanfall sei die Antragung eines Rechtes, die Ausschlagung sei die Nichtannahme eines angetragenen Rechtes. Es ist jedoch bereits — siehe Seite 29 ff — die Frage der Erörterung unterzogen worden, welches der grundsätzliche Standpunkt des Gesetzes nach § 1942 des B. G. B. ist und ist bereits der Versuch gemacht worden, darzulegen, dass dort in § 1942 der grundsätzliche Standpunkt des Gesetzgebers offenbart ist, und dass dieser mit jenem Ausspruche sich nicht deckt.

Diese Berufung auf die Motive ist meines Erachtens wieder so recht deutlich ein Beleg für die Tatsache, wie vorsichtig bei der Gesetzauslegung im Gebrauch der Motive zu verfahren ist. Wenn die erlassene Gesetzesvorschrift weder nach dem Sinne noch nach der sprachlichen Fassung mangelhaft ist, wenn sie gedanklich wie sprachlich klar ist, und wenn die Motive entweder die entgegengesetzte Auffassung unmittelbar zum Ausdruck bringen, oder wenn deren Auffassung in logischer Fortentwickelung zu einer entgegengesetzten Rechtsanschauung führt, so gibt es keinen Zweifel und keine Wahl der Entscheidung:

Suprema lex est legis voluntas.

Nicht oft genug kann die Tatsache betont werden, dass die Motive keine Gesetzeskraft haben.

Für die Frage, ob eine Rechtsvorschrift in dem gewünschten Sinne zu erlassen sei, spricht häufig eine Reihe von gesetzgeberischen Zweckmässigkeitsgedanken, welche vielleicht in ihren entfernteren Folgerungen divergieren, die zunächst angestrebte Rechtsvorschrift aber doch gleichmässig empfehlenswert erscheinen lassen. Nicht durch den Willen einer einzelnen Person, deren Beweggründe klar zutage liegen, kommen unsere Reichsgesetze zustande, sondern durch das Zusammenwirken

zweier vielköpfiger Faktoren, von denen jedes einzelne Mitglied aus den widerstreitendsten Gründen dem Gesetzesvorschlag zustimmen kann. Liegt eine Mehrheit von Gründen für eine gesetzliche Massnahme vor, so lässt sich fast nie mit Sicherheit die Tatsache festlegen, welcher Grund eigentlich der bestimmende gewesen ist. Die Gedankenschlacht, aus welcher eine derartige Rechtsvorschrift hervorgeht, ist nicht unähnlich mit einer militärischen Schlacht. Alle verfügbaren Mächte werden ins Feld geführt. Aber mancher Offizier bleibt im Hintertreffen oder löst nur eine kleine Aufgabe. Kann auch dieser sich rühmen, der Vater des Sieges gewesen zu sein?

Aehnlich steht es bei den hier einschlägigen Gesetzesmotiven mit ihren vielgestaltigen Gründen. Bei einer derartigen Sachlage muss es bedenklich erscheinen, das Gesetz weiter auszulegen und auszudehnen, insbesondere gerade eine grundsätzliche Gesetzesvorschrift unter Berufung auf irgend einen dieser Gesichtspunkte hinsichtlich eines entfernter liegenden Falles so auszulegen, dass sich die Vorschrift in ihr Gegenteil verkehrt.

Wer die Motive Bd. II S. 242 ff durchliest, wird finden, dass eine Reihe von Beweggründen ins Feld geführt ist, um die Ausschlagung der Erbschaft der alleinigen Entschliessung der Ehefrau vorzubehalten. Hievon ist sicher der Grund, dass es sich hiebei um ein angetragenes, nicht um ein erworbenes Recht handeln soll, der schwächste.

Diese Frage war vom Gesichtspunkte des Gesetzgebers, welchen rechtspolitische Erwägungen leiten, in wahrem Sinne eine formelle.

Der Gestzgeber ist ja diejenige Stelle selbst, welche die Rechtsvorschriften formuliert. Dünkt dem Gesetzgeber nach praktischer Lebensauffassung die Erbschaftsausschlagung mit Rücksicht auf die eheliche Lebens-

gemeinschaft für eine wirtschaftliche höchst bedeutsame Handlung und schlägt diese Erwägung vor, so wird er nimmermehr bestimmen, dass die Ehefrau darüber allein befinden kann. Der Ehefrau wird dann eben, mag die Erbschaft ein angetragenes oder ein kraft Gesetzes erworbenes Recht sein, verboten, in dieser Frage allein zu befinden. Was sollte den Gesetzgeber hindern, dieses Verbot zu erlassen? Der Umstand, dass er verordnet hat, der Erwerb der Erbschaft solle kraft Gesetzes mit dem Tode des Erblassers eintreten? Es handelt sich bei dieser Frage unzweifelhaft um eine Einschränkung oder Nichteinschränkung der freien Verfügungsmacht der Ehefrau und zwar mit Rücksicht auf die eingetretene eheliche Gemeinschaft.

Denn ausserhalb der ehelichen Gemeinschaft ist nach modernem Recht die Frage längst erledigt.

Der Gesetzgeber kann also von seinem Standpunkte aus nur eine Alternative seiner Beantwortung unterstellen:

Soll er gegebenen Falles der wirtschaftlichen Bedeutung der Handlung oder der persönlichen Freiheit der Ehefrau den Vorzug geben?

An seinen Rechtskonstruktionen über den Erwerb einer Erbschaft wird sich aber der Gesetzgeber nicht stossen. Denn darüber ist sich der Gesetzgeber vor Erlassung seines Gesetzes völlig klar gewesen. Die Ausschlagungshandlung ist von nicht geringerer Tragweite, ob er nur die Ehefrau durch seine positive Rechtsordnung in die rechtliche Möglichkeit versetzen will, ein Vermögen zu erwerben, oder ob er sie sofort in den Besitz des Vermögens setzen will.

In der Tat ist auch in den Motiven l. c. S. 243 diese Alternative erwogen. Dortselbst ist mehr Gewicht auf die persönliche Freiheit der Ehefrau gelegt und deshalb

empfohlen, der Ehefrau die Entscheidung über die Ausschlagung einer Erbschaft allein zu überlassen.

Anschliessend an die schon erwähnte Aeusserung, der Erwerb der Erbschaft kraft Gesetzes habe nur eine formelle Bedeutung, materiell karakterisiere sich die Ausschlagung nicht als das Aufgeben eines bereits erworbenen, sondern als die Nichtannahme eines angetragenen Rechtes, fahren die Motive fort:

> Diese Ausschlagung, welche auch dem § 1439 Abs. 3 zu Grunde liegt, muss dahin führen, der Ehefrau das Recht der Ausschlagung als ein höchstpersönliches Recht ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Ehemannes beizulegen.
>
> Es steht dies auch mit dem Zwecke des eheherrlichen Rechtes des Ehemannes nicht in Widerspruch. Dieses soll gegen willkürliche Veränderungen der wirtschaftlichen Grundlage des ehelichen Lebens vonseiten der Ehefrau schützen. Die wirtschaftliche Grundlage bildet aber nur das der Ehefrau zustehende Vermögen, nicht eine gehoffte Erbschaft.

Man wird zugeben müssen, dass der Gesetzgeber ohne einen weiteren Grund, als eben die Rücksichtnahme auf die persönliche Handlungsfreiheit der Ehefrau selbst sich bewegen lassen konnte, die wirtschaftlichen Bedenken fallen zu lassen. Die Motive haben allerdings die Entscheidung zu Gunsten der Ehefrau in Abhängigkeit von der Natur des Ausschlagungsrechtes gesetzt und die Sache so zurechtgelegt, als ob man sich in diesem Sinne entscheiden müsse, weil es sich nach der geplanten Rechtsordnung um ein angetragenes Recht, nicht um ein erworbenes Recht handle. Dass diese Auslassung eine rechtspolitische Ungereimtheit ist, braucht nicht wiederholt zu werden.

Es genügt wohl der Hinweis auf den Umstand, dass wenige Zeilen danach empfohlen wird, auch hinsichtlich der Ausschlagung von Vermächtnissen der Ehefrau freie Hand zu lassen, weil hier die Sache ähnlich liege.

„Aehnlich wie in Ansehung der Ausschlagung einer Erbschaft liegt die Sache bei der Ausschlagung eines Vermächtnisses."

Aehnlich liegt die Sache wohl nur hinsichtlich der rechtspolitischen Frage, ob mehr Rücksicht auf die persönliche Freiheit der Ehefrau oder auf die wirtschaftliche Bedeutung der Handlung genommen werden soll.

Denn nach dem Inhalte des Gesetzes und des Entwurfes ist der Anfall eines Vermächtnisses nicht die Antragung eines Rechtserwerbes, sondern der Erwerb einer Forderung. Trotzdem aber soll sich aus ähnlichen Gründen die Lösung der gestellten gesetzgeberischen Frage zu Gunsten des freien Ausschlagsrechtes der Ehefrau empfehlen.

Man sieht: Auch von der Auffassung aus, dass es sich um die Ausschlagung eines erworbenen Rechtes beim Vermächtnisse handelt, ist das freie Ausschlagsrecht der Ehefrau empfohlen und vor allem zum Gesetze erhoben worden.

Es ist der Schluss erlaubt:

Aus diesen Gründen lässt sich eine logische Gedankenkette nicht schmieden: es müsse ein angetragenes Recht in Frage stehen, weil die freie Entschliessung der Ehefrau hinsichtlich der Erbschaftsausschlagung in den Motiven empfohlen und von dem Gesetze gebilligt worden sei.

Im Gegenteil:

Trotz der verschiedenen Rechtslage bei Erbschaft

Vermächtnis und Pflichtteil ist der Gesetzgeber zu gleichem Schlusse gelangt.

Entwurf I S. 1310.

4.

Es ist, wie erwähnt, in den Motiven Bd. V. § 1308 S. 243 bei Ausschlagung einer Erbschaft und bei Ausschlagung eines Vermächtnisses der Gesichtspunkt ins Feld geführt, dass ein höchstpersönliches Recht in Frage stehe.

Die Motive empfehlen hierauf das freie Verfügungsrecht der Ehefrau zur Ablehnung eines Vertragsantrages oder einer Schenkung. Sie führen den Vorschlag ein mit den Worten:

> Die Bestimmung des § 1308 N. 2 beruht auf ähnliche Erwägungen wie die des § 1308 N. 1. Die durch den Vertragsantrag für die Ehefrau begründete und wegen der Gebundenheit des Antragenden rechtlich gesicherte Möglichkeit, ein Recht zu erwerben, ist eine höchstpersönliche Befugnis und muss deshalb über die Ablehnung der Wille der Ehefrau allein entscheiden.

Hiebei ist nachzuholen: Der Verzicht auf den Pflichtteil soll der Entschliessung der Ehefrau allein anheimgegeben werden, weil auch hier das höchstpersönliche Ermessen und Empfinden der Ehefrau zu berücksichtigen sei.

l. c. S. 244.

Hinsichtlich der No. 3 — Vornahme irgend eines Rechtsgeschäftes gegenüber dem Manne — ist die Rücksichtnahme auf die persönliche Freiheit der Frau so selbstverständlich, dass selbst die Motive die empfohlene Stellungnahme als selbstverständlich bezeichnen.

l. c. S. 245.

Aus diesen in den Motiven enthaltenen Aeusserungen lässt sich für die Motive ein gemeinsamer Gesichtspunkt herausfinden. Es ist die Rücksichtnahme bestim-

mend gewesen, dass es sich hiebei um höchstpersönliche Angelegenheiten der Frau handelt, und dass man aus diesen Gesichtspunkten der Ehefrau in ihrer Entschliessung freie Hand lassen solle, ganz gleich, ob sie einen gemachten Erwerb aufgibt, oder einen möglichen Erwerb von sich weist. —

Die Berufung auf § 1406 No. 1, 1453 mit 1529 und 1549 B. G. B. ist ohne Behelf für die Ansicht, die Erbschaftsausschlagung sei nach dem Standpunkte des Gesetzes die Ablehnung eines möglichen Erwerbes.

§ 13.

Der § 517 B. G. B.

Den vorletzten Stützpunkt für seine Ansicht erblickt Jäger in dem § 517 B. G. B. mit Hinblick auf die Motive Bd. II S. 290. Auf diesen Stützpunkt beruht auch sein Argument, dass die Schenkungspauliana nicht zutrifft. Jäger schliesst: weil das Gesetz sowohl hinsichtlich des Falles, dass jemand zum Vorteil eines Anderen einen Vermögenserwerb unterlässt, als auch hinsichtlich des Falls der Erbschafts- und Vermächtnisausschlagung die Bestimmung trifft, eine Schenkung liege nicht vor, darum müsse der letztere Fall auch die Unterlassung eines Vermögenserwerbes sein.

Die Schlussfolgerung ist nicht bedenkenfrei.

a)

Zunächst ist die Bestimmung, eine Schenkung liegt nicht vor, im Munde des Gesetzgebers nicht die Aeusserung einer Rechtsmeinung, einer Rechtsansicht, sondern die Aeusserung eines Willens. Das will besagen:

Der Gesetzgeber hat in § 516 B. G. B. bestimmt, was eine Schenkung im Sinne seines Gesetzes sein solle. Durch den darauffolgenden § 517 äussert er nicht die Rechtsansicht, die dort angeführten Fälle seien nach dieser Begriffs-Bestimmung gedankenrichtig keine Schenkung. Der § 517 ist kein Rechtsgutachten, sondern der

Gesetzgeber bestimmt, dass jedenfalls die dort bezeichneten Fälle keine Schenkung sein sollen.

Der Gesetzgeber hat keine Erörterung angestellt, ob nach dem definierenden § 516 die Unterlassung eines Vermögenserwerbes zugunsten eines anderen eine Schenkung sei, und daraus einen Schluss gezogen.

Denn man darf wohl behaupten, die blosse Fortentwickelung des Begriffes der Schenkung in § 516 führt von selbst mit Sicherheit dazu, eine Handlung nicht als Schenkung zu behandeln, welche keine Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkenden darstellt.

Trotzdem hat der Gesetzgeber aber kundgegeben, dass diese Handlung keine Schenkung sein solle. Der Grund für den Ausspruch des Gesetzgebers ist dem Verfasser wenigstens vollkommen klar. Wer die vielfach widerstreitenden und schwankenden Anschauungen der bisherigen Rechtssprechung in diesem Falle wie in den übrigen Fällen des § 517 in Erwägung zieht, der wird den Gesetzgeber verstehen, dass er zur Abschneidung aller weiteren Meinungsstreitigkeiten ein klares „ich will" gesprochen hat.

Damit soll auf den einen Punkt hingewiesen sein.

Es kann sehr wohl möglich sein, dass jedem der vier Fälle des § 517 offensichtlich gewisse Begriffsmerkmale des § 516 Abs. 1 oder dass sie alle fehlen, und dass doch der Gesetzgeber diese ausdrückliche Bestimmung des § 517 aus Zweckmässigkeitsgründen getroffen hat.

Umgekehrt kann es auch möglich sein, dass diesen vier Fällen, allen oder einzelnen, die Begriffsmerkmale des § 516 zukommen, und dass trotzdem diese Fälle ausgenommen sind.

Das Ergebnis dieser Betrachtung soll zunächst sein:

Es ist nicht verlässig zu schliessen: es geht einem jener vier Fälle der § 517 der Begriff der eige-

nen Vermögensverminderung im Sinne des § 516 B. G. B. ab, darum ist dieser Fall keine Schenkung; weil keiner der vier Fälle eine Schenkung ist, darum fehlt jedem der vier Fälle gerade das Begriffsmerkmal der eigenen Vermögensminderung des Zuwendenden, welches dem einen Falle fehlt. Dem Verfasser scheint dies von Anfang ein Trugschluss.

Es können vielmehr alle vier Fälle, wie Jäger sagt, auf einer Stufe stehen, das heisst eben keine Schenkung sein, trotzdem aber kann der eine Fall nach den sonstigen gesetzlichen Bestimmungen rechtlich eine Vermögensaufgabe, der andere aber rechtlich die Abweisung einer Erwerbsmöglichkeit sein.

Es ist demgemäss nicht erlaubt, von dem einen Fall auf den anderen Fall in dieser Weise wie Jäger zu schliessen. Der rechtliche konstruktive Karakter jeder der vier Fälle behält seine Selbständigkeit trotz der Gleichheit seiner Behandlung durch den Gesetzgeber in § 517. B.G. B.

Weiter ist in Erwägung zu ziehen:

Die Regel kann nicht durch die Ausnahme geschlagen werden.

Hat der Gesetzgeber grundsätzlich bestimmt, der Anfall der Erbschaft schliesse den Erwerb der Erbschaft kraft Gesetzes in sich, so bleibt es bei diesem Grundsatze in allen Fällen, welche er von dieser Grundbestimmung nicht ausnimmt.

Es ist nichts erwiesen für einen anderen Fall, wenn der Gesetzgeber in dem Sonderfall der Schenkung verordnet haben sollte, die Ausschlagung der Erbschaft erscheine diesfalls nicht als eine Vermögensminderung, es solle deshalb kein Schenkungsgeschäft sein.

b)

Zu bemerken ist weiter: Im § 517 sind nach der

Ausdrucksweise von Jäger vier Fälle auf eine Stufe gestellt.

Es müsste demnach von jedem der vier Fälle der Schluss gelten, es stehe keine Vermögensminderung seitens des Zuwendenden in Frage.

Das ist zu verneinen jedenfalls von der Ausschlagung des Vermächtnisses. Das Vermächtnis ist die Aufgabe eines Forderungsrechtes. Die Ausschlagung des Vermächtnisses als solche hat ferner nicht die Natur eines vertragsmässigen Rechtsgeschäftes zwischen dem Bedachten und einer anderen Partei.

c)

Endemann bemerkt allerdings teilweise in Widerspruch zu seinen sonstigen Ausführungen: Der § 517 sei aufgestellt, um den Schenkungsbegriff auch nach der negativen Seite zu begrenzen, und um das Erfordernis des Vertrages nach allen Richtungen sicher zu stellen.

Endemann l. c. § 164. S. 740 Anm. 12.

d)

Jäger betont schliesslich selbst, „dass die Erbschaftsausschlagung in § 517 nicht als Vermögensminderung oder Veräusserung behandelt werde, das laufe dem Grundsatze des ipso jure-Erwerbes entgegen."

e)

Auch die Motive sagen:

Die Hervorhebung des Falles, wonach es als Verzicht auf ein angefallenes, jedoch noch nicht erworbenes Recht gilt, wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausgeschlagen werde, ist, obwohl mit dem gemeinen und sonst geltenden Rechte übereinstimmend, als zweckmässig zu erachten im Hinblicke auf das dem Erbrecht zugrunde liegende Prinzip des ipso jure-Erwerbes bei Erb-

schaft und Vermächtnis § 2025, 2028, 2042, 1877, 1833) und auf die Eigenartigkeit der durch den ipso jure-Erwerb eintretenden Rechtslage.

In einem solchen Verzichte erblickt der Entwurf jedenfalls hier keine Veräusserung.

Motive Bd. II. S. 200 und 201.

Es ist erlaubt zu sagen:

Weder der § 517 noch die Motive haben die Kraft, den grundsätzlichen Standpunkt des Gesetzgebers, der Anfall der Erbschaft sei ein, wenn auch vorläufiger, jedoch wirklicher Vermögenserwerb, zu verwischen und zu einer leeren Phrase zu machen. Nach den Motiven handelt es sich bei der Schenkung um einen Sonderfall, in welchem kein Veräusserungsgeschäft angenommen werden soll. Nach dem Gesetze fehlt der Vertragsbegriff des § 516.

§ 14.

Der § 9 der K. O.

Den letzten Grund für die Unanfechtbarkeit der Erbschaftsentschlagung hat Jäger dem Konkursrechte allein entnommen.

Und dieser Grund scheint mir der wichtigste. Jäger zieht die Erwägung an, der Gemeinschuldner könne nach Konkursausbruch nicht weitergehende Rechte haben, als vorher, das wäre ein unerträglicher Widerspruch.

Nun ist allerdings, wie nicht verkannt wird, eine positive Rechtsvorschrift in der Konkurs-Ordnung nicht vorhanden, welche die Möglichkeit gäbe, die nach der Konkurseröffnung erfolgte Ausschlagung der Erbschaft anzufechten.

Der § 42 der Konkursordnung hat nur Anwendungsfälle des § 892. 893 des B. G. B. zum Gegenstande. Es ist sonach zweifellos diese Rechtshandlung, wenn auch noch so nachteilig, für die Konkursgläubiger unanfechtbar. Allein diese Unanfechtbarkeit beruht eben auf dem

Umstande, dass eine diesbezügliche Rechtsvorschrift nicht besteht.

Die Anfechtung kann nur stattfinden in den gesetzlich bestimmten Fällen. Das liegt in dem Wesen der Sache. Es ist meines Erachtens bedenklich, die Anfechtung auszudehnen auf Rechtsgeschäfte, welche der Gesetzgeber nicht mit diesem Rechtsnachteile belastet hat. Noch bedenklicher scheint mir aber, Rechtshandlungen, welche der Gesetzgeber durch seine Gesetzesvorschrift der Anfechtung unterstellt hat, der Anfechtung zu entziehen deshalb, weil er eine andere verwandte Rechtshandlung der Anfechtung nicht unterstellt hat.

Es ist klar: Der Standpunkt ist in den berührten Fällen ein verschiedener. In dem einen Falle ergänze ich den Gesetzgeber, in dem anderen Falle korrigiere ich den Gesetzgeber.

In dem einen Falle nehme ich vor eine Handlung von zweifelhafter Erlaubtheit präter legem, in dem zweiten Falle eine Handlung von zweifelloser Unerlaubtheit contra legem. Wenigstens hat mir der Gesetzgeber diese Erlaubnis nicht erteilt, dem Rechtsunkundigen nicht und dem Rechtskundigen nicht. Er hat seine Vorschrift nicht erlassen mit dem Vorbehalten höherer Rechtseinsicht und höherer Rechtsklugheit, sowie mit dem Vorbehalte demgemäss seine Rechtsvorschrift zu korrigieren. Er hat seine Rechtsvorschrift erlassen mit ausschliessender Willenssouveränität. Die Abwägung dieser Gedanken führt zwar auch mich zu der nächsten Schlussfolgerung, welche Jäger gezogen hat.

Auf der einen Seite steht die Gesetzesvorschrift, welche die Erbschaftsausschlagung vor der Konkurseröffnung als eine Rechtshandlung — das ist die Erbschaftsausschlagung zweifelsohne — der Anfechtung unterstellt und auf der anderen Seite steht keine Gesetzes-

vorschrift, welche die Erbschaftsausschlagung nach § 7 der Anfechtung unterstellt. Beide Tatsachen stehen in Widerspruch, und sie stehen vielleicht in unerträglichem Widerspruch. Ich erkenne auch den Widerspruch. Allein wer gibt mir die Gewalt, den Widerspruch zu lösen? Und wenn ich Gewalt habe, den Widerspruch zu lösen, habe ich den Widerspruch zu lösen g e g e n den Willen des Gesetzgebers? Vielleicht ist es besser: ich unterstelle den nicht betroffenen Fall auch der Anfechtung. Ich befreie dagegen den von dem Gesetze betroffenen Fall von der Anfechtung nicht. Allein das Gesetz ist kein Rätsel- und kein Traumbuch und die Richter sind keine Wahrsager und keine Traumdeuter. Der Gesetzgeber hat in unseren Zeiten keine gebundene Zunge. Im Gegenteil, die Gesetzgebungsmaschine arbeitet rasch und stetig. Unvollkommenheiten und Widersprüche sind nichts Vereinzeltes. Die Missstände sind aber zu heben auf dem Wege, auf welchem sie entstanden sind, nämlich auf dem Gesetzgebungswege, nicht auf dem Wege der Rechtsprechung. Die Rechtsprechung mag für den Gesetzgeber der Spiegel sein, aus welchem er seine Fehler erkennt. Aufgabe des Gesetzgebers ist es dann, sein Werk zu berichtigen und widerspruchsfrei umzugestalten. Insolange aber bleibt eben der Widerspruch bestehen. Es muss hiebei betont werden, dass es bei gegenwärtiger Frage sich nicht darum handelt, ob eine lückenhafte Rechtsvorschrift zu ergänzen sei. Denn es steht nicht zur Entscheidung der Fall, dass über die Anfechtbarkeit der Erbschaftsentschlagung eine gesetzliche Vorschrift nicht existiert und die Frage ist nicht die, ob man die Rechtshandlung etwa aus gewissen Gründen der Rechtsähnlichkeit anfechtbar oder unanfechtbar behandeln solle.

Die Sache liegt vielmehr umgekehrt. Man geht aus von der Erkenntnis eines vorhandenen Widerspruches.

Der Widerspruch liegt darin, dass die besprochene Rechtshandlung nicht der Anfechtung unterstellt ist nach der Konkurseröffnung, und dass diese Rechtshandlung der Anfechtung unterstellt ist vor der Konkurseröffnung, wenigstens dem Wortlaut des Gesetzes nach. Die Lösung des Widerspruchs aber soll dadurch erfolgen, dass man die letztere positive Rechtsvorschrift korrigiert und den letzteren Fall auf dem Wege rechtswissenschaftlicher Betrachtung von dem Bereiche der Gesetzesvorschrift ausnimmt.

Zu bemerken ist noch:

Der Gesetzgeber hat dem Richter keine Auslegungsvorschrift an die Hand gegeben, wie Antinomien zu lösen seien.

Zu bemerken ist endlich:

Es handelt sich in Wirklichkeit gar nicht um eine Antinomie, um einen gesetzlichen Widerspruch, sondern um zwei rechtlich verschiedene Tatbestände — um eine Erbschaftsentschlagung vorgenommen vor der Konkurseröffnung und um eine Erbschaftsentschlagung vorgenommen nach der Konkurseröffnung.

Ein rechtlicher Widerspruch kann sich daraus nie ergeben, dass der eine Fall entgegengesetzt behandelt ist wie der andere, wohl aber ein wirtschaftlicher, weil wirtschaftlich betrachtet der eine Fall dem anderen schliesslich gleichsteht. Es empfiehlt sich daher nicht, die beiden Fälle gesetzlich verschieden zu behandeln.

Das ist aber eine Frage der Rechtspolitik, welche sich der Gesetzgeber zu seiner Zeit zurecht zu legen hatte, keine Frage der Auslegung einer fertigen Rechtsvorschrift, welche an sich klar und unzweideutig ist. Der Gesetzgeber kann verlangen und wird für angemessen finden, dass seine Gesetzesurkunde etwas anders behan-

delt wird, wie ein Geschreibsel, welches ein Bäuerlein auf den Richtertisch legt, und in welchem nun der Richter sich herummüht, um etwas Leidliches herauszufinden.

Der Gesetzgeber mag für seine Fehler selbst einstehen. Auch sonst im Leben binden reiflich erwogene Willenserklärungen. Oder will der Gesetzgeber, dass seine souveräne Gesetzesvorschrift behandelt wird, wie ein Parteivertrag? Will der Gesetzgeber oder hat er etwa gesagt, dass seine Vorschriften so auszulegen sind, wie Treue und Glauben mit Rücksicht auf Verkehrssitte es erfordern? Gerade seine Vorschriften sollen eine sichere Richtschnur in den Wirrnissen und Streitigkeiten des Rechtslebens sein.

Des weiteren ist zu bemerken:

Der Gesetzgeber wollte mit der Bestimmung des § 9 gar nicht die Anfechtungsfrage regeln. Die gesetzliche Bestimmung hatte vielmehr ihren Grund in der Verschiedenartigkeit, wie man sich in den einzelnen Rechtsgebieten zu der Frage stellte, ob der Konkursverwalter oder ob der Gemeinschuldner über den Erbschaftsanfall zu befinden habe. Diese Frage sollte einheitlich geregelt werden. Die Einschränkung der Verfügungsgewalt des Gemeinschuldners, welche mit der Konkurseröffnung eintrat, sollte diesfalls in Wegfall kommen. Das freie Verfügungsrecht des Schuldners über ein Rechtsverhältnis und die Unanfechtbarkeit seiner Verfügung stehen aber in keinem notwendigen logischen Zusammenhange.

Es lässt sich sehr wohl denken, dass ein Schuldner über ein Rechtsverhältnis allein zu verfügen hat, und dass ihm gleichwohl im Interesse seiner Gläubiger die Verpflichtung obliegt, die Verfügung nicht zum Nachteil seiner Gläubiger zu treffen. Aus dieser Erwägung kann der Gesetzgeber auch bestimmen, dass die getroffene

nachteilige Verfügung wenigstens hinsichtlich der benachteiligten Gläubiger unwirksam sein soll. Vor dem neuen Reichsrecht hat demgemäss die herrschende Meinung die Unanfechtbarkeit der Erbschaftsentschlagung keineswegs aus dem Gesichtspunkte vertreten, weil hier ein freies Verfügungsrecht des Gemeinschuldners in Frage steht, denn sonst müsste ja die herrschende Meinung einhellig in allen Fällen für die Unanfechtbarkeit der Erbschaftsentschlagung sich entschieden haben. Das ist aber nicht der Fall.

Der ausschlaggebende Gesichtspunkt war vielmehr der Gesichtspunkt, ob die Aufgabe eines erworbenen Vermögens oder die Aufgabe einer Erwerbsmöglichkeit in Frage stand.

Der Schluss der bisherigen Betrachtung ist:

Die Anwendung der Gesetzesvorschriften, so wie sie vorliegen, führt zur Unanfechtbarkeit der Erbschaftsentschlagung nach der Konkurseröffnung und zur Anfechtbarkeit der Erbschaftsentschlagung vor der Konkurseröffnung, zu einem rechtlichen und logischen Widerspruche führen beide Ergebnisse nicht, auch nicht, wenn sie in die äussersten Folgerungen ausgedehnt werden.

Wohl aber ist es wirtschaftlich betrachtet kein begrüssenswertes Ergebnis, dass einerseits eine Gesetzesvorschrift besteht, welche dem Gemeinschuldner verbietet, über sein Erbrecht vor der Konkurseröffnung zum Nachteile seiner Gläubiger zu befinden, und dass andererseits keine Gesetzesvorschrift besteht, welche den Gemeinschuldner hindert, nach der Konkurseröffnung über das gleiche Erbrecht zum Schaden seiner Gläubiger zu verfügen.

Wirtschaftlich betrachtet ist es ein widersprechendes Ergebnis, allein es ist ein Ergebnis, welches der Gesetzesvorschrift entspricht.

Nur unter Missachtung der Gesetzesvorschrift lässt sich ein gleicher Richterspruch in beiden Fällen erreichen.

Es ist auch anzunehmen, dass der Gesetzgeber diesen Widerspruch beseitigen wird; bis zu diesem Zeitpunkte aber besteht er. Es haben viel tiefer eingreifende Ungleichheiten lange Zeit Bestand gehabt und man hat gewartet, bis der Gesetzgeber sie beseitigt hat.

Fehler der Gesetzgebungspolitik sind auf dem Wege der Gesetzgebung zu heilen oder aber hinzunehmen. Diese Forderung ist ein notwendiges Korrelat der modernen Rechtserzeugung.

Nicht um dem Bestand und dem Umfang nach schwankende, der Allgemeinheit fast unbekannte Rechtsgebilde, etwa des Gewohnheitsrechts, handelt es sich, sondern in bestimmter klarer Form sind dem ganzen Volke leicht zugängliche Rechtsvorschriften gegeben, nach welchen es seine Handlungen bemisst, und auf deren Beständigkeit es unbedingt vertraut und vertrauen muss. Es rechnet auf deren uneingeschränkte Anwendung durch den Richter. Der Richter ist auch kein Mitregent bei Ausübung der gesetzgebenden Gewalt und noch weniger ein Kassationshof für ungleiche Machtsprüche des Gesetzgebers.

Er hat auch ungleiche Machtsprüche des Gesetzgebers in Vollzug zu setzen. Nur dann handelt er ohne Irrtum und ohne Fehler, er handelt ungleich, aber er handelt der Rechtssatzung entsprechend.

§ 15.

Das O. L. G. Naumburg.

Die Ausführungen des allgemein geschätzten Rechtslehrers Jäger sind deshalb bis in alle einzelnen Punkte erörtert worden, weil sie annehmbar auch die Ursache der richterlichen Entscheidungen waren.

Es kann sich daher bei der Nachprüfung der richter-

lichen Entscheidung nur um die besonderen Schattierungen der Gründe handeln, welche die gleiche Rechtsanschauung stützen sollen.

1.

Das Oberlandesgericht Naumburg verneint die Anfechtbarkeit, weil nach § 1942 des B. G. B. tatsächlich der annehmende Erbe nicht erst von der Annahme an, sondern schon von dem Tode des Erblassers an als Eigentümer gilt.

Das positive Recht besagt etwas anderes:

Das positive Recht gibt nicht der Annahme-Erklärung des Erben eine rückbezügliche Kraft, sondern der Ausschlagserklärung. Wenn der Erbe die Annahme erklärt, verzichtet er nach der rechtlichen Stellung, in welche er durch die Vorschrift des Gesetzes versetzt ist, auf sein Ausschlagungsrecht. Er bleibt bei der Annahmeerklärung, was er ist: nämlich Erbe. Er macht nicht einen neuen Rechtserwerb, an welchen sich für die Vergangenheit fiktive Folgen knüpfen sollen. Wo ist im Gesetze eine solche fiktive Rechtswirkung verordnet? Sie müsste doch wohl verordnet sein. Stillschweigende Rechtsfiktionen gibt es nicht. Sie ist nirgends verordnet. Die Verordnung wäre ein Unding. Denn die Wirkungen der erbrechtlichen Stellung sollen ja schon mit dem Anfall der Erbschaft eintreten und nur eventuell in Wegfall kommen. Wenigstens sagt und will dies der Gesetzgeber und er sagt dies mit der Bedeutung einer Willenserklärung, nicht mit der Bedeutung eines Rechtsgutachtens.

Suprema lex est legis voluntas.

2.

Auch das O. L. G. Naumburg beruft sich auf den § 517 mit der Behauptung, nur deshalb sei die Erbschaftsentschlagung nicht als Schenkung erklärt worden,

weil keine Vermögensminderung in Frage stehe. Es sind die gleichen Erwägungen entgegenzustellen wie in § 13 und 14.

Es ist wiederholt zu betonen: Wenn die Erbschaftsentschlagung in dem Sonderfall des § 517 nicht als Vermögensminderung behandelt wird, so ist damit die grundsätzliche Bedeutung dieser Rechtshandlung nicht in jedem anderen Falle in das Gegenteil zu verkehren.

Es ist ferner nachzutragen:

Nach der Gesetzesvorschrift des § 517 gilt die Erbschaftsentschlagung nicht als Schenkung. Nach der K. O. und nach dem Anfechtungsgesetze genügt es, wenn eine Handlung vorliegt, welche sich als unentgeltliche Verfügung darstellt. Beide Begriffe sind nicht deckend.

3.

Durch § 778 Abs. 2 R. C. P. O. ist keineswegs die Rechtsanschauung zum Ausdruck gebracht, dass die Gläubiger des Erben keinen Anspruch auf dessen ererbtes Vermögen vor Annahme der Erbschaft haben.

Diese Vorschrift trifft vielmehr nur eine Fürsorge, und zwar durch eine Beschränkung des Rechtsganges. Die ungeduldigen Gläubiger müssen sich mit dem Zugriffe noch etwas gedulden und zwar aus dem Grunde, weil ihr Befriedigungsrecht aus der den Erben gesetzlich gestatteten Massnahme seinen Gegenstand verlieren kann, und weil infolge dieser erlaubten Massnahme die Gefahr besteht, dass sie statt in den entleerten Beutel ihres Schuldners in den Beutel eines Schuldfremden langen und sich befriedigen.

Dagegen sind auf der anderen Seite in der Prozessordnung wohl Rechtsvorschriften vorhanden, welche die Gläubiger sofort mit dem Erbanfall in Bewegung setzen

können, um ihr Recht angesichts der einmal erlangten erbrechtlichen Stellung ihres Schuldners zu sichern.

Wenn der Gesetzgeber den Gläubigern des Erben vor der Annahme der Erbschaft eine Zwangsvollstreckung in den Nachlass verwehrt hat, so war er aus Zweckmässigkeitsgründen hiezu gezwungen schon mit Rücksicht auf das Ausschlagungsrecht des Erben.

Oder sollte der Gesetzgeber persönlichen Gläubigern des ausschlagenden Erben die Möglichkeit eröffnen, die Erbschaft auszubeuten und dem annehmenden Erben und dessen Gläubigern es vielleicht überlassen auf dem Wege der Bereicherungsklage oder auf einem ähnlichen Wege die Vollstreckungswerte wieder zurückzuerobern?

Der Vollstreckungsanspruch der Gläubiger des Erben ist bis zu dessen Annahme nur gehemmt.

Der Gesetzgeber hat diese Vorschrift noch dazu als eine Sondervorschrift des Prozessrechtes erlassen.

4.

Der vierte Grund der Entscheidung des kgl. O. L. G. Naumburg geht dahin, die Bestimmung des § 9 der K. O. beruhe ebenfalls nur auf der Auffassung des B. G.-B., sonst würde die Ausschlagung nur dem Konkursverwalter zustehen.

Welches die Auffassung des B. G. B. nach der Anschauung des Gerichtshofes ist, ergibt sich aus Ziffer 1 dieses Paragraphen.

Demnach soll tatsächlich nicht die Ausschlagungserklärung des Erben, sondern dessen Annahmeerklärung rückbezügliche Bedeutung haben.

Aus dieser Gedankenfolge ergibt sich unmittelbar:

Das Ausschlagungsrecht steht sicherlich nicht dem Konkursverwalter, sondern nur dem Gemeinschuldner zu, das ist unzweifelhaft. Würde aber die Bestimmung des § 9 der K. O. nicht auf der vermuteten Auffassung des

B. G. B. beruhen, so würde gleichwohl das Ausschlagungsrecht ebenso zweifellos dem Gemeinschuldner zustehen, denn dies ist klar verordnet.

Liesse sich also erweisen, dass die vermutete Auffassung tatsächlich das B. G. B. nicht beherrscht, so wäre nach dieser Gedankenfolge dargetan, dass dieses Vorrecht des Gemeinschuldners auf einem anderen Grunde beruht.

Es könnte demnach der § 9 nicht das mindeste Gewicht für die getroffene Entscheidung haben. Das B. G. B. ist nicht beherrscht von der Auffassung, die Annahmeerklärung habe rückbezügliche Kraft.

Ein Beleg für diese Behauptung wird nach den vorausgegangenen Darlegungen nicht mehr beigebracht.

Das B. G. B. beruht ferner nicht einmal auf der Auffassung, dass die Ausschlagung der Erbschaft die Ablehnung eines angetragenen Erwerbes sei. Für diese Behauptung wird auf die früheren Ausführungen Bezug genommen.

Es dürfte damit die geringe Kraft dieses Gedankenganges beleuchtet sein, welche imstande sein soll, eine positiv einmal vorhandene Gesetzesvorschrift in ihrer Funktion zu hemmen.

Auch Staudinger betont: der § 9 der K. O. ist im Widerspruch mit dem Prinzip.

Vgl. Staudinger Bd. V S. 56.

5.

Der fünfte Grund der richterlichen Entscheidung ist:

Die Anfechtung der Erbschaftsentschlagung ausserhalb des Konkursverfahrens sei deshalb ausgeschlossen, weil keine positiven Gründe entgegenstehen, welche die Anwendung der konkursrechtlichen Bestimmungen verbieten.

Dieser Begründung stehen Bedenken entgegen:

a)

Es bestehen keine konkursrechtlichen Bestimmungen, welche die Anfechtung der Erbschaftsentschlagung vor der Konkurseröffnung ausschliessen. Es besteht vielmehr nur eine Meinung, dass die konkursrechtliche Vorschrift, welche den gleichen Inhalt wie die ausserkonkursrechtliche Vorschrift, nämlich die Anfechtbarkeit hat, im gegebenen Falle wenigstens für das Konkursverfahren nicht gelte, obwohl sie vom Gesetzgeber erlassen ist.

Was von der Begründetheit der Meinung zu halten ist, hat bereits Erwähnung gefunden.

b)

Es ist weiter die Frage aufzuwerfen:

Besteht eine Rechtsvorschrift, welche die Anwendung der konkursrechtlichen Bestimmungen auf die ausserkonkursrechtliche Anfechtung verordnet oder wenigstens erlaubt?

Erst unter dieser Voraussetzung hätte doch die Untersuchung eine Berechtigung, ob ein Grund für die Anwendung dieser Bestimmungen auf die ausserkonkursrechtliche Anfechtung etwa vorhanden ist. Oder ist es so selbstverständlich und im Wesen der Sache begründet, dass jede abweichende Bestimmung der konkursrechtlichen Materie von selbst eine Korrektur der ausserkonkursrechtlichen Materie stillschweigend in sich schliesst? Besteht ein Abhängigkeitsverhältnis des Anfechtungsgesetzes gegenüber der Konkursordnung?

Stehen beide Gesetze gemeinrechtlich gesprochen zu einander im Verhältnis von lex posterior und lex prior, bezw. lex generalis und lex specialis?

Die Sache dürfte wohl die sein, dass beide Gesetze zwar zwei einander verwandte und fast gleiche Tatbestände regeln, dass sie aber in völliger Unabhängigkeit

nebeneinander stehen. Hat der Gesetzgeber in dem einen Falle eine gewisse Bestimmung getroffen, so war es seine Aufgabe, wenn er eine Uebereinstimmung herstellen wollte, auch in dem anderen Falle dieselbe Bestimmung zu treffen.

c)

Im gegebenen Falle überspringt die juristische Argumentation diese Bedenken überhaupt völlig. Auf Grund einer durchaus nicht zwingenden rechtswissenschaftlichen Betrachtung nimmt sie zunächst eine Korrektur der konkursrechtlichen Gesetzesbestimmung vor und aus der Vornahme dieser höchst zweifelhaften Operation leitet sie dann das Recht ab, die gleiche Operation an dem Anfechtungsgesetze vornehmen zu dürfen.

Aus dem Anfechtungsgesetze selbst lässt sich ja nicht der geringste Anhaltspunkt entnehmen, dass die Erbschaftsentschlagung nicht der Anfechtung unterstellt ist.

§ 16.

Das O. L. G. Colmar.

Das erwähnte Urteil des kgl. Oberlandesgerichtes Colmar begründet die Unanfechtbarkeit der Erbschaftsentschlagung lediglich mit der Behauptung, diese Rechtshandlung bedeute keine Vermögensminderung. Zur Widerlegung dieser Behauptung ist nichts Neues anzufügen. Nur ist aus den Entscheidungsgründen als bedeutsamer Punkt hervorzuheben, dass der § 9 der Konkursordnung überhaupt die Anfechtungsfrage nicht regeln wolle, sondern eine Rechtsgleichheit schaffen wolle hinsichtlich der Frage, ob der Konkursverwalter oder der Gemeinschuldner über die Erbschaft zu verfügen habe.

§ 17.

Kleinfeller a) K. O.

Nach der zweiten Ansicht, welche Kleinfeller vertritt, ist die Erbschaftsentschlagung im Konkursfalle anfechtbar, im anderen Falle hingegen unanfechtbar. Der Vorzug dieser Ansicht und ihrer Begründung liegt zunächst in dem Umstande, dass ihr nicht die Vergewaltigung des Gesetzes durch seine Motive und Materialien zum Vorwurf gemacht werden kann. Die Ansicht sucht vielmehr aus dem Gesetze selbst heraus sich zu begründen. Allerdings nicht auf dem Wege eines Folgeschlusses, sondern auf dem Wege eines Rückschlusses.

Diese Ansicht vermeidet den Versuch, die grundsätzliche Bestimmung des § 1942 des Bürgerlichen Gesetzbuches in ihr gerades Gegenteil zu verkehren, sondern sie beschränkt sich auf den Inhalt des § 9 der Konkursordnung selbst und zieht aus diesem die Schlüsse. Der Grund liegt hienach in dem ausschliesslichen Verfügungsrechte des Gemeinschuldners. Aus dem ausschliesslichen Verfügungsrechte folgt indes nur die Tatsache, dass der Konkursverwalter die Erbschaftsentschlagung nicht vornehmen kann. Die Unanfechtbarkeit der Handlung folgt hieraus nicht. Diese Unanfechtbarkeit folgt vielmehr aus einem anderen Umstande, nämlich aus dem Umstande, dass die Handlung des Gemeinschuldners der Anfechtung durch das Gesetz nicht unterstellt ist. Das freie Verfügungsrecht des Gemeinschuldners und die Unanfechtbarkeit seiner Verfügung stehen an sich in keinem notwendigen Zusammenhange. Im Gegenteil: Rechtspolitisch lässt sich sogar schwer begreifen, warum der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung, ohne der Anfechtung ausgesetzt zu sein, eine Erbschaftsentschlagung vornehmen darf, welche vielleicht den Konkursgläubigern zum schwersten Nachteil gereicht, und welche in der

Absicht vorgenommen ist, die Konkursgläubiger zu benachteiligen. Es würde dem Rechtsgefühle weit mehr entsprechen, wenn der Konkursverwalter die Macht hätte, einer derartigen böswilligen Handlungsweise entgegenzutreten. Rechtspolitisch würde sich eine derartige Unanfechtbarkeit eigentlich nur von dem Standpunkte aus rechtfertigen lassen, dass die angefallene Erbschaft konkursfreies Vermögen sein soll.

Diesen Standpunkt nimmt aber die Konkursordnung nicht ein; die angefallene Erbschaft gehört vielmehr zur Konkursmasse. In dem Verfügungsrechte des Gemeinschuldners über die Erbschaft nach der Konkurseröffnung ist demnach noch keineswegs die Unanfechtbarkeit der Verfügung innerlich begründet. Nur hat sie der Gesetzgeber der Anfechtung nicht unterworfen. Umgekehrt hat aber der Gesetzgeber, wie betont werden muss, die Erbschaftsentschlagung vor der Konkurseröffnung von der Anfechtung nicht ausgenommen.

Es ist dies eine Ungleichheit oder wie die Vertreter der bisher behandelten Ansichten sagen, ein Widerspruch — aber ein Widerspruch der Rechtspolitik, nicht des Gesetzes.

In Wirklichkeit liegt in der Behauptung, dass dieser Wirderspruch vorliegt, eingeschlossen das Bekenntnis, dass in dem einen Falle die Anfechtbarkeit, in dem anderen Falle die Unanfechtbarkeit Rechtens ist. Die Lösung des Widerspruchs erfolgt schliesslich bei beiden Ansichten entgegen der bestehenden Rechtsvorschrift.

Der Ansicht von Kleinfeller ist demnach entgegenzustellen:

Aus dem freien Verfügungsrecht des Gemeinschuldners folgt keineswegs die Unanfechtbarkeit der Erbschaftsentschlagung nach der Konkurseröffnung, sondern

sie folgt aus einem Mangel der positiven Gesetzgebung, welche die Anfechtbarkeit nicht verordnet hat, aber die Anfechtbarkeit hätte verordnen können, ohne irgend eine widersprechende Bestimmung zu treffen.

An sich hat überhaupt jeder Schuldner freies Verfügungsrecht über seine Rechtsverhältnisse, aber trotzdem kein unanfechtbares. Die Anfechtungsvorschriften dienen vielmehr dazu, die innerhalb des vorhandenen freien Machtbereiches getroffenen Verfügungen des Schuldners zumteil ihrer Wirksamkeit zu entkleiden. Sie haben das freie Verfügungsrecht des Gemeinschuldners geradezu zur Voraussetzung und sollen Rechtsbehelfe hiegegen sein. Wäre das freie Verfügungsrecht hinsichtlich der angefochtenen Rechtshandlung nicht vorausgesetzt und gegeben, so hätten die Anfechtungsvorschriften keinen Sinn; sie wären auch gänzlich überflüssig. Der Schluss, welchen Kleinfeller zieht, ist demnach kein zwingender; er geht zu weit, er legt blos klar, dass ein W i d e r s p r u c h vorliegt zwischen der gesetzgeberischen Behandlung der Erbschaftsentschlagung vor der Konkurseröffnung und nach der Konkurseröffnung.

Mit der Vorschrift des § 9 der Konkursordnung hat endlich der Gesetzgeber — diesen Gesichtspunkt hat das Oberlandesgericht Colmar auch betont — keine Anfechtungsfrage lösen wollen. Es handelt sich für ihn um die Tatsache, dass mit dem Augenblicke der Konkurseröffnung zwei Rechtsphären einander gegenübertreten, über deren Abgrenzung Streit bisher bestand. Zu diesem Streite nahm der Gesetzgeber Stellung und teilte das Verfügungsrecht dem Gemeinschuldner zu.

An dem vor diesem Zeitpunkte vorhandenen freien Verfügungsrechte des Schuldners und an den Eigenschaften dieses Rechtes etwas zu ändern, war nicht Zweck der

Vorschrift des § 9 der Konkursordnung, weder direkt noch indirekt.

§ 18.

Kleinfeller b) Anfechtungsgesetz.

Wenn aus den angegebenen Gründen der Schlussfolgerung von Kleinfeller für das Konkursverfahren nicht beigetreten werden kann, so dürfte umso mehr seiner Ausführung hinsichtlich der ausserkonkursrechtlichen Anfechtung beizupflichten sein.

Kleinfeller legt mit Recht Nachdruck auf den Umstand, dass die Bestimmung: der Gemeinschuldner und nicht der Konkursverwalter habe nach der Konkurseröffnung das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, eine dem Konkursrecht eigentümliche Bestimmung sei.

Ausserhalb des Konkursverfahrens fehlt auch ein der Konkurseröffnung ähnliches Ereignis, welches den Gesetzgeber hätte veranlassen können, eine Scheidung und Abgrenzung verschiedener Machtbereiche, wie zwischen Gemeinschuldner einerseits und Konkursverwalter, beziehungsweise Konkursgläubiger andererseits vorzunehmen und dem Gemeinschuldner diese, dem Konkursverwalter jene Rechte zuzuteilen.

Von diesem Gesichtspunkte, nicht von dem Standpunkte der Anfechtungsfrage aus ist doch die Vorschrift des § 9 der Konkursordnung zu betrachten.

Die vermeintliche Unanfechtbarkeit der ausserkonkursrechtlichen Erbschaftsentschlagung ist nur eine Ableitung aus dieser konkursrechtlichen Vorschrift. Konkursordnung und Anfechtungsgesetz sind aber zwei einander gleichgeordnete Sondergesetze. Dem Anfechtungsgesetz fehlt eine dem § 9 der Konkursordnung ähnliche Vorschrift, aus welcher man mit irgend einem Schlusse oder Trugschlusse ein gleiches Ergebnis ableiten könnte.

Beide Gesetze sind gleichzeitig neurechtlich umgestaltet worden.

In dem einen Gesetze ist jene Bestimmung eingefügt worden, welche die berührte Anfechtungsfrage von selbst in sich schliessen soll. In dem anderen Gesetze aber ist keine Bestimmung eingefügt, welche diese Frage entweder unmittelbar oder stillschweigend löst.

Dazu hätte doch, wie man zugeben muss, aller Anlass bestanden, wenn die entsprechende Wilensmeinung vorhanden gewesen wäre. Das Vorhandensein einer solchen Willensmeinung lässt sich zudem für das Gebiet des Anfechtungsgesetzes in keiner Weise belegen.

§ 19.

Schlussfolgerung.

Die bisherige Abhandlung war ein Versuch, die Schwäche und die Hinfälligkeit der einzelnen Gründe darzutun, welche in ihrer Gesamtheit die Kraft haben sollen, eine Rechtfertigung für die Ansicht zu bilden, es sei die Erbschaftsausschlagung überhaupt jeder Anfechtung entzogen, oder es sei die Erbschaftsausschlagung wenigstens der konkursrechtlichen Anfechtung entzogen.

Aus dem Inhalte der ins Feld geführten Erwägungen ergibt sich zugleich die Anschauung, welche als zutreffend erachtet wird, ergeben sich die Gründe, welche für diese Anschauung sprechen. Mag die dritte Ansicht zu einem Ergebnis führen, welches rechtspolitisch besehen, eine Ungleichheit in sich schliesst, so muss diesem Umstande die Erwägung entgegengesetzt werden, dass aus jenem ungleichen Ergebnis nicht die Unrichtigkeit der verteidigten Ansicht gefolgert werden kann, sondern, dass vielmehr hieraus die Erkenntis zu schöpfen ist, es liege ein Fall vor, welcher der bessernden Hand des Gesetzgebers bedarf. Nach der dritten Ansicht ist aber nur die Ausschlagung der Erbschaft nach Konkurseröffnung der Anfechtung entzogen.

Diese Ansicht allein lässt den geoffenbarten Willen des Gesetzgebers unangetastet.

Suprema lex est legis voluntas.

§ 20.

Welche Erbschaft gehört zur Konkursmasse?

Der bisherigen Betrachtung war hinsichtlich der konkursrechtlichen Anfechtung die Anschauung unterstellt, der Nachlass bilde einen Bestandteil der Konkursmasse, auch wenn zurzeit der Konkurseröffnung die Annahme der Erbschaft noch nicht erfolgt sei.

Dieser Anschauung steht die Ansicht entgegen, nur die zurzeit der Konkurseröffnung bereits angenommene Erbschaft gehöre zur Konkursmasse, die zurzeit der Konkurseröffnung angefallene, aber zu dieser Zeit noch nicht angenommene Erbschaft, sei demnach konkursfreies Vermögen.

Daneben wird allerdings noch eine weitere Ansicht vertreten, welche dahin geht, die zurzeit der Konkurseröffnung angefallene, aber nicht angenommene Erbschaft werde hinterher mit der Annahme ein Bestandteil der Konkursmasse.

Diese Ansicht beruht auf einer Verwechslung der Wirkung, welcher der Ausschlagung gegenüber der Annahme innewohnt.

Nur die A u s s c h l a g u n g hat rückbezügliche Kraft, nicht die Annahme. Die Annahme ist ein Verzicht auf das Ausschlagungsrecht, auf das Recht, den eingetretenen Anfall wieder rückgängig zu machen. Wird auf das Ausschlagungsrecht verzichtet, so hat es bei dem eingetretenen Erwerb sein Bewenden, es wird an seiner Tatsache und seiner Natur nichts geändert. Befand sich demgemäss die Erbschaft nicht bereits v o r der Annahme in der Konkursmasse, so kann sie hinterher nicht mehr durch die Annahme in die Masse geraten.

Die Annahme macht lediglich den eingetretenen Zustand unabänderlich. Nur die Möglichkeit besteht, dass die Erbschaft hinterher durch die Ausschlagung der Konkursmasse entzogen wird. Es kann demzufolge die Meinung von Jäger nicht für richtig erachtet werden, wenn er sagt:

Nimmt der Gemeinschuldner an, so fliessen Erbschaft und Vermächtnis zur Masse.

Jäger l. c. Anm. 8 zu § 9.

Seuffert l. c. § 15. S. 79.

Auf der anderen Seite steht Jäger, wie hervorgehoben werden muss, auf dem Standpunkt, Pfändbarkeit und Erworbensein müssen bei der Konkurseröffnung vorliegen.

Jäger l. c. Anm. 3 zu § 1.

Er ist demgemäss von der Annahme der Erbschaft als einer Handlung mit rückbezüglicher Wirkung ausgegangen.

Die ersterwähnte Ansicht beruht auf Gründen, welche dem § 1 der Konkursordnung im Verhältnis zu § 778 Abs. 2 der Civilporzessordnung entnommen sind.

Nach § 778 Abs. 2 der Cicilprozessordnung ist die Zwangsvollstreckung in den Nachlass wegen Verbindlichkeiten des Erben nicht zulässig vor Anahme der Erbschaft.

In § 1 der Konkursordnung ist das Erfordernis aufgestellt, dass einer Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögen des Gemeinschuldners in Frage stehen müsse.

Die Vertreter dieser Ansicht gaben hiebei dem § 1 der Konkursordnung die Auslegung, es müsse das Vermögen dem Gemeinschuldner nicht blos gehören im Augenblicke der Konkurseröffnung, sondern auch in diesem Augenblicke pfändbar sein; Gegenstände, welche während des Konkursverfahrens aufhören von der

Zwangsvollstreckung befreit zu sein, würden dadurch nicht Bestandteile der Konkursmasse.

Vgl. Seuffert § 15 S. 86.

Jäger Anm. 53 zu § 1.

Nach dem Wortlaut des § 1 selbst ist nur das Gehören, das Erworbensein im Zeitpunkt der Konkurseröffnung erforderlich, nicht die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in diesem Zeitpunkte. Das wird auch von Seuffert betont.

Seuffert § 15. S. 86. Anm. 11.

Die Formulierung lautet nicht: Das Konkursverfahren umfasst dass gesamte Vermögen des Gemeinschuldners, welches zurzeit der Konkurseröffnung ihm gehört und der Zwangsvollstreckung unterliegt. Der Gesetzgeber hat das letzte Erfordernis in dem Hauptsatz vorangestellt.

Auch der unbestimmte Artikel „einer" (sc. Zwangsvollstreckung) dürfte nicht ohne Absicht gewählt sein. Es scheint, als ob damit zum Ausdruck gebracht werden wollte, es müsse sich um pfändbare Sachen und Rechte im allgemeinen handeln, ohne Rücksicht auf den konkreten Einzelfall, sowie auf einen bestimmten Zeitpunkt und die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung gerade in diesem Zeitpunkte.

Die vorerwähnte Gesetzesauslegung hat nach meiner Ansicht keinen zulänglichen Rechtfertigungsgrund. Ich gebe vielmehr der Meinung den Vorzug, dass die zurzeit der Konkurseröffnung zwar angefallene, aber nicht angenommene Erbschaft bereits mit dem Anfall Konkursvermögen ist, und dass dieselbe nicht erst mit der Annahme hinterher in die Konkursmasse fällt.

Für die Frage der Anfechtung ergibt sich:

Ist die Erbschaft zurzeit der Konkurseröffnung bereits angefallen gewesen und nach der Konkurseröffnung

ausgeschlagen worden, so ist zwar ein Bestandteil der Konkursmasse aufgegeben worden. Allein diese Ausschlagung ist lediglich deshalb der Anfechtung entrückt, weil der Gesetzgeber die nach der Konkurseröffnung vorgenommene Rechtshandlung der Anfechtung nicht unterstellt hat.

Ist die Erbschaft vor der Konkurseröffnung angefallen gewesen und vor der Konkurseröffnung ausgeschlagen worden, so ist durch diese Rechtshandlung ein Vermögensstück aufgegeben worden, welches ohne die Ausschlagung einen Bestandteil der Konkursmasse bilden würde.

Diese Vermögensaufgabe ist daher, weil vom Gesetze nicht ausgenommen, ebenso anfechtbar wie eine andere nachteilige Vermögensentäusserung des Gemeinschulders vor der Konkurseröffnung.

§ 21.

Die Wirkung der Anfechtung, die dingliche Wirkung und deren Begründung.

Es ist meine Aufgabe nicht, eine richterliche Entscheidung für den Einzelfall zu treffen. Ich habe vielmehr die angenehmere Aufgabe, in völliger Voraussetzungslosigkeit die Folgerungen zu ziehen, welche nach meiner Auffassung sich aus den gesetzlichen Grundlagen ergeben. Es ist mir demgemäss für den gegenwärtigen Zweck gleichgiltig, welche Folgerungen auch immer sich ergeben, wenn sie nur einem logischen Gedankengang entsprechen.

Ich erachte daher die Einwendung, dass sich ein unpraktisches Resultat ergibt, nicht für eine logische Widerlegung oder für einen Vorwurf. Ich wollte zunächst nicht als Diener oder Stütze des Gesetzes an den Stoff herantreten, sondern nur eine wissenschaftliche Betrachtung desselben vorzunehmen mir gestatten. Ich möchte daher

meine Ausführungen verstanden haben zugleich vom Standpunkt einer Kritik des Gesetzes. Nur wenn mir diese Nachsicht gewährt wird, kann ich in die Erörterung der Schlussfolgerungen eintreten.

Erster Fall.

Die Erbschaft ist vor der Konkurseröffnung angefallen und die Erbschaftsentschlagung ist vor der Konkurseröffnung erfolgt. Die Möglichkeit der Anfechtung ist vorhanden. Der Konkursverwalter macht von der Anfechtung Gebrauch und hat Erfolg.

Welche Folgen knüpfen sich an dieselbe?

Diese Frage hängt zunächst ab von einer Vorfrage, welche in Erörterung zu ziehen ist.

Die Vorfrage geht dahin, ob die Gläubigeranfechtung nunmehr dingliche oder obligatorische Wirkung habe.

1.

Es ist die Behauptung aufgestellt worden, auch die Gläubigeranfechtung sei in ihrer Wirkung nach § 142 des B. G. B. zu beurteilen, es sei demnach die angefochtene Rechtshandlung als von Anfang an nichtig anzusehen.

Der Vater dieser Lehre ist, wie mir scheint, Hellwig.

Vgl. Hellwig Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch nach der neuen Konkursordnung.

Zeitschrift für deutschen Civilprozess, Bd. 26. S. 472 ff.

Von den weiteren Vertretern dieser Lehre seien angeführt:

Kipp in Kipp-Windscheid Pandektenrecht Bd. II § 463 a S. 953 fg.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I S. 353 und Bd. II S. 251.

Dr. Hermann Müller, das Anfechtungsrecht der Gläubiger inner- und ausserhalb des Konkurses mit

Beziehung auf die Anfechtungslehre des B. G. B., Inaugural-Dissertation. Tübingen 1902.

Gareis, Kommentar zum allg. Teil des B. G. B. S. 175, 177.

Wolff, K. O. S. 129.

Die weitaus überwiegende Mehrzahl der Meinungen hält an der obligatorischen Wirkung der Gläubigeranfechtung fest, so auch

Jäger l. c. S. 216, L. v. Seuffert l. c. S. 220. 226. von Sarwey-Bossert S. 149, Kleinfeller l. c. S. 157, 772, von Wilmowsky-Kurlbaum l. c. S. 139, 179 u. a. m.

Aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist mir bisher keine Entscheidung bekannt geworden, welche sich für die dingliche Wirkung der Gläubigeranfechtung entschieden hätte.

2.

Welch einschneidende praktische Folgen sich an die Ansicht von der dinglichen Wirkung der Gläubigeranfechtung knüpfen, das bedarf keinerlei besondere Betonung.

Die Anfechtung hat rückwirkende Kraft, sie wirkt ex tunc. Die Haftung des Gegners bei Veräusserung, Belastung, Beschädigung, Zerstörung, Abhandenkommen bemisst sich nach Grundsätzen von § 818 ff B. G. B. Die dingliche Wirkung der Anfechtung hat unmittelbar zur Folge Rückfall des Eigentums an den Anfechtungsberechtigten, der Anfechtungsberechtigte hat die reivindicatio; die in der Zwischenzeit für das Grundstück erworbenen Rechte erlöschen. Rechte Dritter, welche sich auf Rechtshandlungen des Anfechtungsgegners gründen, erlöschen; nur die Grundsätze über gutgläubigen Erwerb bilden eine Einschränkung.

Das Anfechtungsrecht äussert sich im Konkurse als

Aussonderungsanspruch. Die Gründe, welche für die neue Ansicht in's Feld geführt werden, laufen im Wesentlichen auf folgende Erwägung hinaus:

Für die Gläubigeranfechtung sollen nun, und zwar sowohl für den Anfechtungsvorgang wie für die rechtlichen Folgen desselben, die Vorschriften des B. G. B. angewendet werden. Die Normen des Anfechtungsrechtes innerund ausserhalb des Konkursverfahrens sollen nicht isoliert und für sich allein betrachtet werden, sondern nur als integrirender Bestandteil des neuen Reichsrechtes, das die Anfechtung der Gläubiger in vollen Einklang mit der Anfechtung des B. G. B. bringe. Wenn auch bei der Revision der Konk. Ordn. und des Anfechtungsgesetzes die Ausdrücke „Anfechtung, anfechten, anfechtbare Rechtshandlung, Anfechtungsanspruch" stehen geblieben sind, so müsse ein so eminent technischer Ausdruck wie Anfechtung nunmehr im technischen Sinne des B. G. B. genomen werden. Die Anfechtungsmaterie der Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz sei auch geändert worden, um die Fälle der Anfechtung in Uebereinstimmung mit den Normen des B. G. B. über die Anfechtbarkeit zu bringen.

Die abgeänderte Konk.-Ordn. und das Anfechtungsgestz seien lediglich als ein einzelner Bestandteil des gesamten neuen Reichsrechtes anzusehen. Da nach dem B. G. B., wie die Motive zur Konkursnovelle ausführen, nur Ansprüche der Verjährung unterliegen, das Anfechtungsrecht nicht aber als ein Anspruch im Sinne des Gesetzes anzusehen ist, so ist der Ausdruck „Anfechtungsanspruch" im Anf.-Ges. im allgemeinen beseitigt und in § 41 der Konk.-Ordn. und § 12 des Anf.-Ges. an Stelle der Verjährung die Befristung gesetzt und die Verjährung des Anspruches durch eine Ausschlussfrist ersetzt worden. Wo früher von der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches gesprochen wurde, ist jetzt die Anfech-

tung, das Erfolgen der Anfechtung, gesetzt worden. Mit dieser Umwandlung sei eine Verdinglichung des Anfechtungsrechtes verbunden, die Anlehnung an die Parteianfechtung des B. G. B. sei unverkennbar. Durch die Anfechtung entstehe Unwirksamkeit des angefochtenen verkürzenden Rechtsaktes im modern reichsrechtlichen Sinne. Er sei von Anfang an nichtig, doch sei diese Nichtigkeit nur eine relative und diese relative Unwirksamkeit trete lediglich infolge der geschehenen Anfechtung, im Konkurse gegenüber den Konkursgläubigern und bei der Einzelanfechtung dem anfechtenden Gläubiger gegenüber, ein. Durch die Anfechtung, welche jetzt durch einfache Erklärung des Anfechtungsberechtigten im Sinne des § 143 B. G. B. geschieht, werde derselbe Zustand hervorgerufen, den §§ 135, 136 B. G. B. im Auge habe.

Vgl. Meyer, Juristische Wochenschrift 1902 No. 76 bis 78, S. 614.

§ 22.

Die obligatorische Wirkung der Anfechtung und deren Begründung.

Allen diesen Gründen stehen meines Erachtens gewichtige Einwendungen entgegen.

1.

Die Fälle der Anfechtung des B. G. B. einerseits, sowie des Anfechtungsgesetzes andererseits sind in ihrem Wesen grundverschieden.

In den ersten Fällen handelt es sich um Fehler der Willenserklärung, sie ist durch Irrtum, Zwang, Betrug zustande gekommen, es krankt die Erklärung innerlich an einem Mangel. Es ist überhaupt keine rechtlich verbindliche Willenserklärung zustande gekommen — und dieses Gebrechen wird durch die Anfechtung geltend gemacht.

Die Anfechtung vernichtet daher den Erfolg der

Wilenserklärung. Die Gläubigeranfechtung hingegen bezweckt etwas anderes; sie richtet sich nicht gegen einen Mangel, welcher der Willenserklärung innewohnt, sie trifft ein voll wirksames Rechtsgeschäft und will nur die nachteiligen vermögensrechtlichen Folgen, welche sich daran für andere Personen knüpfen, ausschalten. Die Parteien, die am Rechtsgeschäfte selbst beteiligten Personen, sollen nicht geschützt werden. Ihr Zweck ist, einen wirtschaftlichen Ausgleich herbeizuführen gegenüber den Interessen der Gläubiger des handelnden Schuldners. Die Gläubigeranfechtung will juristisch nicht eine Rescission oder Entkräftung der anzufechtenden Rechtshandlung.

Wendt im Archiv für civilistische Praxis. Bd. 91. S. 443.

Sie will nur für die persönlichen Gläubiger zum Zweck ihrer Befriedigung Schmälerungen des deckungspflichtigen Vermögens rückgängig machen. Die Verkehrstreue, auf welcher das Recht der Schuldverhältnisse aufgebaut ist, erheischt, dass der Schuldner sich bei Veräusserungen seiner Schuldverpflichtungen bewusst bleibe.

Endemann l. c. S. 905.

Das Anfechtungsrecht soll den Widerstreit zwischen den Interessen der in ihrem Befriedigungsrechte beeinträchtigten Gläubiger und der Freiheit des Rechtsverkehrs versöhnen.

Jäger l. c. S. 214.

Der veräusserte Vermögensgegenstand soll den Gläubigern, wenn sie aus demselben Befriedigung suchen, in dem Augenblicke dieses Begehrens zur Verfügung gestellt werden und zwar an Stelle des Schuldners von dem Anfechtungsgegner. Sie sollen aber nicht günstiger gestellt werden, als wenn der Gegenstand in den Händen des Schuldners geblieben und dann gebraucht oder verbraucht worden wäre. Die anfechtbare Handlung begrün-

det mit Rücksicht hierauf für den Anfechtenden nur einen persönlichen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, jedoch nicht von Anfang an. Die Handlung ist bis zur Ausübung der Anfechtung giltig und wirksam; sie verliert durch die Anfechtung den Gläubigern gegenüber ihre Wirksamkeit nur für die Zukunft, während die Folgen, welche sie bis dahin erzeugt hat, nicht von selbst und rückwärts zusammenfallen.

Entscheidung des R. G. Bd. 42. S. 367.

2.

Auch die Motive zur Konk.-Ordn. sprechen sehr gegen die neue Ansicht.

Es heisst dortselbst:

Durch das angefochtene, an sich giltige Geschäft, sei vom Gemeinschuldner ein Wertobjekt, eine Sache, ein Recht aus seinem Vermögen aufgegeben, die Veräusserung sei den Gläubigern gegenüber wirkungslos, sie stehe ihren Ansprüchen nicht entgegen, eben dies sei der Inhalt des Anfechtungsrechtes und darin liege der Zweck und die Wirkung desselben: das vom Gemeinschuldner aufgegebene Objekt als noch zur Konkursmasse gehörig zu betrachten und ihr zurükzugewähren, hinsichtlich der Gläubiger werde es so angesehen, als ob die Handlung nicht geschehen wäre. Die Anfechtbarkeit sei noch weniger als eine relative Nichtigkeit. Das Rechtsgeschäft bleibe selbst, wenn dessen Anfechtbarkeit richterlich ausgesprochen werde, an sich giltig bestehen und behalte seine Wirkung unter den handelnden Parteien nach dem Inhalte des Geschäftes; ihm werden die Wirkungen nur nach der angegebenen Richtung für die Konkursgläubiger entzogen.

Vgl. K. O. Motive S. 111 und 146.

Hahn l. c. Bd. IV S. 122, 151.

3.

In den Motiven zum Anfechtungsgesetz § 1 findet sich die Bemerkung, die Wirkung der Anfechtung sei hier dieselbe, wie sie in den Motiven zur K. O. dargelegt sei, hier wie dort trete nur zu Gunsten der Gläubiger eine relative Unwirksamkeit der vom Schuldner gegenüber seinem Vertragsgenossen an sich rechtsbeständig vorgenommenen Handlung ein und ferner

der Entwurf gestatte dem einzelnen Gläubiger die Anfechtung lediglich zum Zwecke seiner Befriedigung mit der Wirkung, dass nur ihm gegenüber und nur soweit als die Erreichung dieses Zweckes es erfordere, die Unwirksamkeit der angefochtenen Handlung eintrete.

Vgl. Anfechtungsgesetz Motive S. 11. 12.

Hahn l. c. Bd. IV S. 735. 736.

4.

In der K. O. und im Anfechtungsgesetze älterer Fassung war in Uebereinstimmung mit den Motiven und sonstigen Materialien dieser Gesetze die obligatorische Wirkung der Anfechtung klar zum Ausdruck gelangt. Welche Stellung hat man zu dem vorhandenen Zustande bei Schaffung der neuen Reichsjustizgesetze genommen?

Die Motive zu § 112 des 1. Entwurfs zum B. G. B. Bd. I S. 218 erörtern den Begriff der Anfechtbarkeit und knüpfen hieran die Bemerkung:

> Ausser Betracht ist nicht minder der Anfechtungsbegriff geblieben, von welchem die Konk.-Ordn. § 22—24 u. f. und das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 ausgehen. Die von diesen Gesetzen behandelten Rechtsgebiete fallen nicht in den Bereich des Entwurfs.

Daran ist die Ausführung geknüpft — S. 220 —: die sogenannte obligatorische Anfechtbarkeit, welche lediglich einen durch Klage oder Einrede verfolgbaren

Wiederausgleichungsanspruch gewähre, habe in den Entwurf keinen Eingang gefunden.

Die Protokolle, welche über den gleichen Gegenstand Aufschluss erteilen, geben den nämlichen Standpunkt wieder.

Vgl. Protokolle Bd. I S. 127.

5.

Wie hat sich nun der Gesetzgeber bei der Neufassung der Konk.-Ordn. und des Anfechtungsgesetzes angesichts der Schöpfung des B. G. B. zu verhalten?

Unter Beseitigung der Verjährungsbestimmungen für das Anfechtungsrecht sind in den §§ 41 K. O. und § 12 des Anfechtungsgesetzes die betreffenden Abänderungen erfolgt.

Hahn l. c. Bd. VII S. 241 und 263.

Die Verjährungsfristen sind ersetzt worden durch Ausschlussfristen. Dieser Aenderung liegt nach der Begründung die Rechtsansicht zugrunde, dass das Anfechtungsrecht nicht als Anspruch im Sinne des § 194 Abs. 1 B. G. B. anzusehen ist, also nicht der Verjährung unterliegt, welcher nach B. G. B. nur Ansprüche unterworfen sind.

Meyer, juristische Wochenschrift l. c.

Die neue Fassung sei gewählt worden im Anschluss an § 124 Abs. 1 B. G. B.

Hahn l. c.

Nach der Kommissionsberatung sollen die Vorschläge des Entwurfes nur darauf gerichtet sein, die Art der Ausübung der Anfechtung in Einklang zu bringen mit den Vorschriften des B. G. B., es würde daher in Zukunft die formlos dem anderen abgegebene Anfechtungserklärung genügen.

Die Erklärung des Anfechtenden gegenüber dem Anfechtungsgegner, dass er anfechte, genüge. Die blosse

Absicht allerdings genüge nicht. Gegen Verzögerung der gerichtlichen Geltendmachung der aus der erfolgten Anfechtung sich ergebenden Ansprüche sei der Anfechtungsgegner in der Lage, sich durch n e g a t i v e Feststellungsklage zu schützen.

Hahn l. c. Bd. VII S. 241. 263.

Der Anfechtungsgegner soll demnach nicht die positive Klage auf Feststellung seines Eigentums erheben müssen.

Es hat demnach bei der Neuabfassung beider Gesetze die Absicht bestanden, die Gläubigeranfechtung nicht in ihrer Wirkung der Parteianfechtung des B. G. B. gleichzustellen, sondern nur in der Art ihrer Geltendmachung.

6.

Geht man die Abänderungen durch, welche tatsächlich hinsichtlich der Anfechtung in der Konk.-Ordn. vorgenommen worden sind, so ist das Ergebnis:

a) In § 32 Abs. 2 ist ein Anfechtungsfall weggelassen worden.

b) In § 40 Abs. 2 No. 1 und 2 sind die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anfechtung gegen Rechtsnachfolger umgestaltet und in No. 3 ein neuer Anfechtungsfall verordnet. In Absatz 3 ist Haftung nach Massgabe der Bereicherung verordnet.

c) In § 41 findet sich die erste und einzige konstruktionelle Abänderung. Aber welche?

Bisher war verordnet:

Das Anfechtungsrecht verjährt in einem Jahre u. s. w.

Nun ist verordnet:

Die Anfechtung kann nur binnen Jahresfrist erfolgen. Diese Ausschlussfrist ist dann den §§ 203 und 207 über die Verjährungsfristen angepasst. In Absatz 2 ist neu verordnet, dass der Konkursver-

walter die Leistung auch verweigern kann, wenn die Anfechtung nach Abs. 1 ausgeschlossen ist.

d) Es folgt der § 42. Dieser führt einen neuen Anfechtungsfall ein, nämlich Anfechtung von Rechtshandlungen vorgenommen nach der Konkurseröffnung.

e) Die ganze Abänderung des Anfechtungsrechtes schliesst ab mit dem neuen § 222, wonach gewisse Leistungen des Erben anfechtbar sein sollen, wie eine unentgeltliche Verfügung des Erben.

In diesen fünf Abänderungen ist nichts enthalten, was sich mit der Wirkung der Anfechtung beschäftigt. Es ist nicht verordnet, dass auf die Anfechtung die Bestimmungen des B. G. B. oder des § 142 B. G. B. Anwendung finden, etwa wie im Verhältnis der Ausschlussfrist des § 41 der Konk.-Ordn. zur Verjährungsfrist des B. G. B.

Es ist nicht geändert der § 22 der Konk.-Ordn.: Rechtshandlungen, welche vor der Konkurseröffnung vorgenommen sind, können als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, nach Massgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.

Es ist insbesondere nicht geändert der § 37 der K. O.: Was durch die anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, muss zur Konkursmasse zurückgewährt werden.

7.

Aehnlich ist das Ergebnis, wenn man die Abänderungen ins Auge fasst, welche das Anfechtungsgesetz tatsächlich erlitten hat. Es ist noch klarer:

a) In § 3 ist dreimal anstelle „Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches“ gesetzt „Anfechtung“.

b) In § 3 a ist ein neuer Anfechtungsfall eingefügt. (cf. § 222 K. O.)

c) In § 4 berechnet sich nun die Frist von der Anfechtung an satt von der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches an.

d) In § 11 sind diegleichen Abänderungen getroffen wie in § 40 der K. O. Ferner ist statt Erhebung des Anfechtungsanspruches Erfolgen der Anfechtung gesetzt.

e) In § 12 ist die gleiche konstruktionelle Aenderung getroffen wie in § 41 der K. O. hinsichtlich der Verjährungs- und neuen Ausschlussfrist.

f) In § 13 ist zweimal anstelle „Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches" gesetzt „Erfolgen der Anfechtung".

Diese sechs Abänderungen sind alle Abänderungen, welche das Anfechtungsgesetz in Wirklichkeit erfahren hat. Was das Wesen der Sache anlangt, so ist hier noch deutlicher ersichtlich, wie die Rechtskonstruktion geändert werden wollte und geändert worden ist. Der Anfechtungsanspruch und dessen Rechtshängigkeit mit den Verjährungsfristen ist eine Eigentümlichkeit der alten Rechtsvorschriften. Die Anfechtungshandlung mit Ausschlussfrist ist neurechtlich. Welche Bedeutung aber die Erhebung des Anspruches, die Vornahme der Handlung habe, an diesem Punkt ist nicht gerührt worden.

Es ist nicht geändert § 1 des Gesetzes:

Rechtshandlungen eines Schuldners können ausserhalb des Konkursverfahrens zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers als diesem gegenüber unwirksam nach Massgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.

Es ist insbesondere nicht geändert § 7 des Gesetzes:

Der Gläubiger kann, soweit es zu seiner Befriedi-

gung erforderlich ist, beanspruchen, dass dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig, von dem Empfänger zurückgewährt werde.

Welche Gesetzgebungsarbeit, wenn wirklich das rechtens werden sollte, was die neuere Ansicht verficht!

Wie tief verborgen und versteckt die einfachen Gedanken, welche ausgesprochen werden konnten! Wie offen ersichtlich und ausgesprochen daneben die Gedanken, welche der neuen Ansicht nicht beipflichten!

8.

Wenn je eine Absicht bestanden haben sollte, die Natur der Anfechtung im Sinne des § 142 B. G. B. umzugestalten, dann hätten, falls man ändern wollte, doch nicht nur die vorerwähnten Paragraphen beider Gesetze geändert werden müssen, es hätten vor allem und zwar sehr notwendig die alten Bestimmungen geändert werden müssen, welche den Inhalt und die Folgen der Anfechtung regeln.

Unverändert aber lautet die Vorschrift des § 37 der Konkursordnung:

Was durch anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, muss zur Konkursmasse zurückgewährt werden.

Unverändert lautet der § 38 der Konk.-Ordn.:

Die Gegenleistung ist aus der Konkursmasse zu erstatten, u. s. w.

Unverändert ist geblieben der § 39 der Konk.-Ordn.:

Wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt, so tritt seine Forderung wieder in Kraft.

Nach wie vor bestimmt der § 7 des Anfechtungsgesetzes:

Der Gläubiger kann, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, dass dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde. Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.

Ebenso ist der § 5 dortselbst nicht verändert:

Die Erhebung des Anfechtungsanspruches im Wege der Einrede u. s. w.

Das Gleiche gilt von § 40 der Konk.-Ordn. und § 11 des Anfechtungsgesetzes.

Aus diesen Bestimmungen und aus deren unveränderter Beibehaltung auf der einen Seite und aus den gleichzeitigen Aenderungen der anderen Bestimmungen ergibt sich meines Erachtens der Schluss, dass die Wirkung der Anfechtung in keiner Weise anders gestaltet werden wollte. Die Anfechtung ist in obligatorischer Wirkung aufrecht erhalten worden. Die Gläubiger-Anfechtung hat nur die in den beiden Sondergesetzen als ihnen eigentümlich bezeichneten Wirkungen. Das sind aber andere Wirkungen als diejenigen, welche die Parteianfechtung des B. G. B. äussert. Es ist ausgeschlossen, dass hier ein Versehen der Revisoren der beiden Gesetze unterlaufen ist. Die Frage ist in der Kommission ausdrücklich zur Erörterung gelangt.

Vgl. Hahn l. c. S. 293. 294.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. S. 83.

Müller l. c. S. 27 ff.

Meyer, Juristische Wochenschrift l. c. S. 618.

9.

Die Tatsache, dass die Konkursanfechtung nicht die der Parteianfechtung sondern dem Sonder-Gesetze eigentümliche Wirkungen hat, lässt sich erkennen aus § 342 H. G. B.

Hinsichtlich nachteiliger Manipulationen zwischen dem Firmeninhaber und dem stillen Gesellschafter und deren Anfechtung ist verordnet:

> Die Vorschriften der Konk.-Ordn. über die Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkung finden Anwendung.

Es ist nicht auf das B. G. B. allein noch auf die K. O. neben dem B. G. B. verwiesen, sondern nur auf die K. O.

Ich komme daher zu dem gleichen Schlusse, wie auch Meyer l. c. S. 618.

Man muss die Bestimmungen der Konk.-Ordn. und des Anfechtungsgesetzes ignorieren, wenn man mit der Nichtigkeit der angefochtenen Rechtshandlung rechnet und der Gläubigeranfechtung rückbezügliche dingliche Wirkung beilegt oder man muss in diesen Bestimmungen nur eine entbehrliche Bestätigung der eingetretenen Nichtigkeit erblicken.

So Wendt l. c. S. 456.

Hellwig, Ansprüche und Klagerecht S. 425 Anm. 96 erklärt auch, es sei ihm wieder zweifelhaft geworden, ob das Anfechtungsgesetz mit seinem Anfechtungsanspruch nicht doch etwas anderes meine, als seine aus der Nichtigkeit sich allenfalls ergebenden Ansprüche.

Es ist eine erweisbare Tatsache, dass die Worte „Anfechtung, anfechten“ nicht eine vom B. G. B. geprägte Reichsmünze sind. Es gibt andere Reichsgesetze, in welchen diese Worte etwas anderes bedeuten als im B. G. B. und es gibt keinen Zweifel, dass sie diese andere

Bedeutung auch angesichts des B. G. B. beibehalten haben ohne einen ausdrücklichen Vorbehalt.

Vgl. z. B. § 270, 534, 538 C. P. O.

§ 23.

Die Ansicht von Oertmann.

Besonders erschöpfend sind die einzelnen Gründe, welche gegen eine dingliche Wirkung der Anfechtung sprechen, erörtert von Oertmann.

Als Anfänger der bisherigen Rechtsanschauung betont derselbe vor allem den Gesichtspunkt, es sei verfehlt, zur Unterstützung der neuen Lehre den Begriff der relativen Nichtigkeit herbeizuziehen; auch die relative Nichtigkeit wirke, wenn sie geltend gemacht sei, absolut; die Gläubigeranfechtung habe aber die Eigentümlichkeit, dass deren Wirkung nur zugunsten bestimmter Personen eintrete; die Gläubigeranfechtung sei nur bestimmt, die ökonomischen Wirkungen des anfechtbaren Rechtsgeschäftes zu treffen; der Anfechtungsanspruch habe eher Rechtsähnlichkeit mit dem Kondiktionenanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Die Ausführungen schliessen mit der Rechtsansicht, es habe zwar nicht die Anfechtung, wohl aber die Rückgewähr dingliche Wirkung, einer Ansicht, welcher sich Verfasser anzuschliessen kein Bedenken trägt.

Vgl. Oertmann, Die Wirkung der Gläubigeranfechtung, Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, Bd. XXXIII. 1. Heft.

§ 24.

Die Folgerungen aus der obligatorischen Wirkung.

Ich beantworte demgemäss die Vorfrage des § 20 dahin: Die Gläubigeranfechtung wirkt obligatorisch, sie ist nicht vereinheitlicht mit der Parteianfechtung des B. G. B.

Daraus ergibt sich für die Hauptfrage:

Wird die Konkursanfechtung erhoben gegen eine Erbschaftsentschlagung, welche vor der Konkurseröffnung erfolgt ist, und hat diese Anfechtung Erfolg, so ist die Wirkung nicht die, dass die Erklärung als von Anfang an nichtig anzusehen ist, weder absolut noch relativ, weder in Beziehung auf den Erklärenden noch auf den Anfechtungsgegner oder sonst eine Person. Die Erklärung, man nehme die Erbschaft nicht an, ist rechtsgiltig. Soweit aber die Befriedigung der anfechtenden Konkursgläubiger in Frage steht, soweit ist sie nicht wirksam.

Die Erbschaftsentschlagung äussert der Konkursmasse gegenüber nicht die Wirkung des § 1953 B. G. B. Es gilt nicht der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt, sondern es liegt ein Erbschaftsanfall vor, welcher so behandelt werden darf, als wenn eine Ausschlagungserklärung nicht erfolgt wäre.

Der Anfall der Erbschaft (1942 B. G. B.) gilt insoweit als nicht beseitigt; aber nicht mehr. Es greift nicht die gesetzliche Bestimmung ein, dass mit der Anfechtung die Erbschaft als angenommen gilt: § 1957 B. G. B. Das wäre die Wirkung der Parteianfechtung. Eine Handlung von solcher Wirkung kann nur der Gemeinschuldner selbst vornehmen. § 9 der K. O.

Hingegen kann der Anfechtungsgegner sich nicht auf die Ausschlagungshandlung des erbenden Gemeinschuldners berufen, er muss die Erbschaft zur Konkursmasse zurückgewähren, als wenn die Erbschaft vom Gemeinschuldner nicht ausgeschlagen worden wäre, als wenn in Bezug auf die Erbschaft eine Ausschlagungshandlung nicht erfolgt wäre.

Hienach sind meines Erachtens zwei Fälle zu unterscheiden:

Die Erbschaftsentschlagung nach der Konkurseröff-

nung scheidet aus. Im übrigen ist nach den gesetzlichen Grundlagen die Sachlage folgende: Ist die Handlung vor der Konkurseröffnung vorgenommen, so kann die in den §§ 1943, 1944 verordnete Frist bei der Konkurseröffnung verstrichen sein.

Ist sie verstrichen und erhebt der Konkursverwalter die Anfechtung, so äussert, wenn die übrigen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit erfüllt sind, die Ausschlagshandlung den Konkursgläubigern gegenüber keine nachteilige Wirkung. Es tritt die Folge ein, dass insoweit innerhalb der Ausschlagungsfrist keine Ausschlagung als erfolgt gilt. Die Erbschaft befindet sich folgerichtig insoweit in dem Anfallszustand, welcher der Möglichkeit der Ausschlagung bereits verlustig gegangen ist. Die Erbschaft muss zurückgewährt werden, und unterscheidet sich in nichts von anderen Vermögensstücken, welche der konkursmässigen Verwertung unterstehen.

Ohne Vornahme der Ausschlagungshandlung wäre ja der gleiche Zustand eingetreten.

Ist die Ausschlagungshandlung vor der Konkurseröffnung vorgenommen, bei Konkurseröffnung aber die Ausschlagungsfrist noch nicht verstrichen, so würde sich ohne die anfechtbare Handlung die Erbschaft im Anfallszustande befinden noch behaftet mit dem Ausschlagungsrechte. Die Konkursgläubiger stehen also dieser Erbschaft gerade so gegenüber, wie einer Erbschaft, welche zur Zeit der Konkurseröffnung bereits angefallen, hinsichtlich welcher aber innerhalb der noch laufenden Ausschlagungsfrist eine Erklärung des Erben nicht abgegeben ist.

(Selbstverständlich ist, wie angemerkt wird, eine erneute Ausschlagungshandlung nach der Konkurseröffnung ohne jede rechtliche Bedeutung. Die einmal abgegebene Erklärung bindet den Erben endgiltig.)

Von einer solchen Erbschaft nimmt eine gewichtige Lehrmeinung an, dass sie mit Ablauf der Ausschlagungsfrist in die Konkursmasse falle.

Vgl. Jäger, l. c. Anm. 8. zu § 9.

Nach meiner Ansicht wird sie nur der Konkursmasse nicht hinterher entzogen.

Immerhin wird in diesem zweiten Falle angesichts der bereits erörterten Fragen in Erwägung zu ziehen sein, ob die Geltendmachung des Anfechtungsanspruches innerhalb der noch laufenden Ausschlagungsfrist oder erst mit deren Ablauf zu erfolgen hat.

Ich neige mich der ersteren Entscheidung zu. Der Umstand, dass die Ausschlagungshandlung in dem angegebenen Sinne der Konkursmasse gegenüber als nicht vorhanden gilt, steht nicht allein, der anfechtende Konkursverwalter kann sich auf die Tatsache berufen, dass der Gemeinschuldner über die Erbschaft bereits endgiltig verfügt hat, dass er sich für die Ausschlagung erklärt hat, dass der Gemeinschuldner innerhalb der noch laufenden Frist eine Annahme oder Ausschlagserklärung von rechtlicher Beachtlichkeit nicht mehr vornehmen kann und dass demgemäss sich das Schicksal der Erbschaft in einem Zustande befindet, welcher unabänderlich ist und der Konkursmasse gegenüber seine nachteiligen Wirkungen nicht äussern darf. Der Umstand, dass die gesetzliche Frist etwa noch fortläuft, ist ohne inhaltliche Bedeutung.

Meine Meinung geht dahin:

Der erfolgreichen Geltendmachung der Anfechtung sofort nach Erklärung der Ausschlagung steht ein Bedenken nicht im Wege.

Würde der Konkursverwalter Bedenken tragen, den Anspruch zu verfolgen, so könnte nach § 13 Abs. IV des Anfechtungsgesetzes der einzelne Gläubiger vom An-

fechtungsrechte nach Beendigung des Konkursverfahrens Gebrauch machen. Während des Konkursverfahrens wäre die Anfechtung nach § 13 Abs. V seitens der Konkursgläubiger ausgeschlossen, denn die zur Zeit der Konkurseröffnung bereits angefallene Erbschaft ist nach der bisher verteidigten Ansicht Konkursvermögen.

Für die Anfechtung der Erbschaftsentschlagung nach Massgabe des Anfechtungsgesetzes folgt aus der sinngemässen Anwendung der bisherigen Ausführungen:

Die Anfechtung wirkt auch hier nicht dinglich, sondern obligatorisch.

Ist im Zeitpunkte der Erhebung des Anfechtungsanspruches die Ausschlagungsfrist bereits verstrichen, so äussert die Ausschlagungshandlung dem anfechtenden Gläubiger gegenüber keine nachteilige Wirkung. Soweit es zur Befriedigung dieses Gläubigers erforderlich ist, müssen die zur Erbschaft gehörigen Vermögensstücke als noch zum Vermögen des Schuldners gehörig von dem Anfechtungsgegner zurückgewährt werden. Es tritt die Folge ein, dass insoweit innerhalb der Ausschlagungsfrist die Ausschlagung als nicht erfolgt gilt.

Mit dem fruchtlosen Ablauf der Ausschlagungsfrist ist das Hemmnis weggefallen, welches der Zwangsvollstreckung seitens der einzelnen Gläubiger hinsichtlich des Nachlasses entgegensteht. Mit der Anfechtung der Ausschlagungshandlung tritt dem anfechtenden Gläubiger gegenüber der gleiche Rechtszustand ein.

Ist im Zeitpunkte der Erhebung des Anfechtungsanspruches die Ausschlagungsfrist noch nicht abgelaufen, so ist das Ergebnis kein anderes. Eine Ausschlagungs- oder Annahmeerklärung von rechtlicher Bedeutung kann von dem Schuldner innerhalb der Frist nicht mehr vorgenommen werden. Die Erbschaft befindet sich bereits

in dem unabänderlichen Zustande, dass hinsichtlich derselben eine Ausschlagungserklärung vorliegt.

Diese Ausschlagungserklärung ist aber in dem mehrfach erörterten Sinne dem benachteiligten Gläubiger gegenüber unwirksam.

Ihm gegenüber ist die Rechtslage nicht anders, als wenn die Erbschaft sich im Annahmezustande befindet.

Es steht meines Erachtens auch in diesem Falle der Zwangsvollstreckung wie auch der sofortigen Ausübung des Anfechtungsrechtes vom Augenblicke der Vornahme der anfechtbaren Handlung an nichts im Wege.